



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**La extensión de los beneficios de los convenios colectivos
a locadores con vínculo desnaturalizado y sus posibles
implicancias jurídicas. Una revisión de la fundamentación
propuesta por el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en
materia laboral y previsional**

Tesis para optar el Título de
Abogado

Sofía Alexia Arana Bromley

Alessandra León Barrón

Asesor(es):
Dra. Ana Cecilia Crisanto Castañeda

Lima, mayo de 2025

Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Alessandra León Barrón, egresado del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI: 74053545, declaro que:

Soy autor del trabajo final titulado:

“La extensión de los beneficios de los convenios colectivos a locadores con vínculo desnaturalizado y sus posibles implicancias jurídicas. Una revisión de la fundamentación propuesta por el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsual.”

El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis para optar el Título profesional de Abogado.

Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.

- Sofía Alexia Arana Bromley, identificado con DNI: 74885087

El texto de mi trabajo final es original y no vulnera los derechos de terceros o, de ser el caso, derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para lo cual, he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas. Asimismo, el texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico; y que la investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.

En caso de detectarse el incumplimiento de lo declarado asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

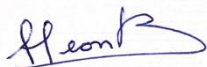
La asesoría del trabajo estuvo a cargo de los siguientes docentes de la Universidad de Piura:

- Ana Cecilia Crisanto Castañeda, identificado con DNI: 40219460

Declaro (declaramos) que:

Luego de haber empleado el software de coincidencia Turnitin, revisado las fuentes de información señaladas por el autor, y en razón de mi (nuestra) experiencia como investigador(es), declaro (declaramos) que las ideas expuestas en el trabajo final alcanzan las condiciones de calidad, integridad y originalidad acorde a los objetivos institucionales y estándares en materia de investigación. Finalmente, no asumo (asumimos) responsabilidad por la posible vulneración de derechos de autor en el trabajo final referido, pues tal responsabilidad es exclusiva del autor.

Fecha: 13/04/2025.



Firma del autor¹
definido.



Ana Cecilia Crisanto Castañeda
DNI N° 40219460

Firma del asesor¹ Error! Marcador no

¹ Firma idéntica al DNI. No se admite digital, salvo certificado.

Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Sofía Alexia Arana Bromley, egresado del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI: 74885087, declaro que:

Soy autor del trabajo final titulado:

“La extensión de los beneficios de los convenios colectivos a los locadores con vínculo desnaturalizado y sus posibles implicancias jurídicas. Una revisión de la fundamentación propuesta por el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional”

El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis para optar el Título profesional de Abogado.

Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.

- Alessandra León Barrón, identificado con DNI: 74053545

El texto de mi trabajo final es original y no vulnera los derechos de terceros o, de ser el caso, derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para lo cual, he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas. Asimismo, el texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico; y que la investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.

En caso de detectarse el incumplimiento de lo declarado asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

La asesoría del trabajo estuvo a cargo de los siguientes docentes de la Universidad de Piura:

- Ana Cecilia Crisanto Castañeda, identificado con DNI: 40219460

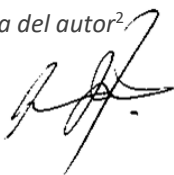
Declaro (declaramos) que:

Luego de haber empleado el software de coincidencia Turnitin, revisado las fuentes de información señaladas por el autor, y en razón de mi (nuestra) experiencia como investigador(es), declaro (declaramos) que las ideas expuestas en el trabajo final alcanzan las condiciones de calidad, integridad y originalidad acorde a los objetivos institucionales y estándares en materia de investigación. Finalmente, no asumo (asumimos) responsabilidad por la posible vulneración de derechos de autor en el trabajo final referido, pues tal responsabilidad es exclusiva del autor.

Fecha: 13/04/2025.

definido.

Firma del autor²



Firma del asesor¹ Error! Marcador no



Ana Cecilia Crisanto Castañeda
DNI N° 40219460

² Firma idéntica al DNI. No se admite digital, salvo certificado.

Dedicatoria

A nuestros padres, por su apoyo incondicional, su esfuerzo constante y el cariño que nos ha acompañado a lo largo de este camino y en cada uno de nuestros logros profesionales y personales.



Resumen

El presente trabajo analiza la posibilidad de extender los beneficios de convenios colectivos a locadores de servicios cuyo vínculo ha sido desnaturalizado, es decir, que han sido contratados bajo una apariencia de relación civil pese a la existencia de una verdadera relación laboral declarada judicialmente. El análisis se centra en la postura asumida por el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional (2018) y las posibles implicancias jurídicas que de esta se derivan, partiendo de la fundamentación ofrecida en el referido Pleno. Asimismo, la tesis analiza la naturaleza jurídica de la extensión de los convenios colectivos a los locadores de servicios con vínculo desnaturalizado.

El trabajo se estructura en tres capítulos. El primero revisa el marco normativo y jurisprudencial aplicable a la negociación colectiva en el Perú, y la evolución contradictoria de la jurisprudencia en torno a la eficacia personal de los convenios colectivos celebrados por sindicatos minoritarios. El segundo capítulo examina la naturaleza jurídica del contrato de locación de servicios y los efectos de su desnaturalización, así como la afectación a derechos fundamentales como la libertad sindical. Finalmente, el tercer capítulo evalúa las problemáticas prácticas y jurídicas que se derivan del VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional, especialmente la falta de claridad respecto al título jurídico bajo el cual se otorgan los beneficios (reintegro, indemnización o medida disuasiva) y la posibilidad de elección del convenio colectivo aplicable por parte del locador.

La investigación concluye que, la falta de fundamentación del VIII Pleno deja abiertas interrogantes clave sobre los límites, naturaleza y consecuencias jurídicas de esta extensión. Ello demanda mayor reflexión jurisprudencial y normativa para asegurar una protección efectiva de derechos en contextos de informalidad y abuso contractual.

Tabla de contenido

Introducción.....	8
Capítulo I: Sobre la postura asumida por el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional.....	9
1.1. Extensión de beneficios colectivos pactados con sindicatos minoritarios personal no sindicalizado: ¿jurisprudencia contradictoria?	9
1.2. Contexto social y jurídico del VIII Pleno en materia Laboral y Previsional.....	15
1.3. Limitaciones y posibles contingencias que se derivan de la decisión adoptada por el VIII Pleno	19
Capítulo II: Tratamiento jurídico de los locadores de servicio en nuestro ordenamiento	21
2.1. Régimen de contratación de los locadores de servicios	21
2.1.1. <i>Características del contrato de locación de servicios</i>	21
2.1.2. <i>Desnaturalización del contrato de servicios, la figura del “falso locador”</i>	23
2.1.3. <i>La presunción de laboralidad y el principio de primacía de la realidad</i>	23
2.1.4. <i>Efectos de la desnaturalización</i>	24
2.2. Marco normativo de la reparación ante la afectación de un derecho laboral.....	25
2.3.1. <i>La responsabilidad civil como mecanismo de reparación de daños en el derecho laboral</i>	26
2.3. Afectación a derechos fundamentales.....	29
2.3.1. <i>Libertad sindical individual y positiva</i>	30
Capítulo III: Sobre las problemáticas que presenta la postura asumida por el VIII Pleno	36
3.1. Primera problemática: naturaleza jurídica de la medida adoptada por el VIII Pleno	36
3.1.1. Posibles posturas a asumirse	36
3.2. Segunda problemática: la posibilidad del falso locador de escoger libremente el sindicato cuyos convenios colectivos le serán de aplicación.....	42
Conclusiones	46
Referencias.....	48

Lista de tablas

Tabla 1.1 - Reglas de la LRCT.....	10
Tabla 1.2 - Casaciones relevantes (Art. 9 de la LRCT)	11
Tabla 1.3 - Casaciones relevantes sobre la extensión de convenios colectivos.....	12
Tabla 2.1 – Tendencia en la contratación bajo la modalidad de locación de servicios	17

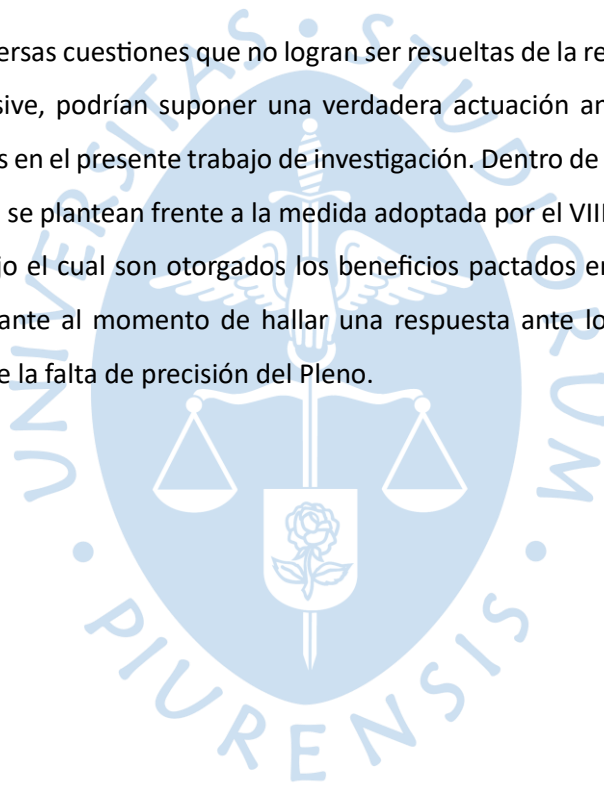


Introducción

La contratación fraudulenta por medio de la utilización indebida de contratos de locación de servicios y con la finalidad de encubrir verdaderas relaciones laborales para evitar el cumplimiento de las diversas obligaciones que estas acarrear es una realidad que ha ido en incremento en nuestro país.

Ante esta devastadora situación se han adoptado diversas medidas en el ámbito legal con el fin de mitigar los efectos negativos que el abuso de la utilización de dicha modalidad de contratación supone. Y es en este contexto que, en el 2019, se emite el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional (en adelante, el “VIII Pleno” o el “Pleno”, indistintamente), el cual estableció la extensión de los beneficios pactados en los convenios colectivos a aquellos locadores con vínculo desnaturalizado.

Del VIII Pleno surgen diversas cuestiones que no logran ser resueltas de la redacción y fundamentación del mismo y que, inclusive, podrían suponer una verdadera actuación antisindical, las mismas que pretenden ser abordadas en el presente trabajo de investigación. Dentro de ellas, se analizarán algunas de las contingencias que se plantean frente a la medida adoptada por el VIII Pleno, así como el título o fundamento jurídico bajo el cual son otorgados los beneficios pactados en los convenios colectivos, cuestión que será relevante al momento de hallar una respuesta ante los diversos escenarios que podrían presentarse ante la falta de precisión del Pleno.



Capítulo I

Sobre la postura asumida por el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional

1.1. Extensión de beneficios colectivos pactados con sindicatos minoritarios personal no sindicalizado: ¿jurisprudencia contradictoria?

La extensión de los convenios colectivos de sindicatos minoritarios es una cuestión que ha sido reiterado objeto de discusión a nivel doctrinario y jurisprudencial en la última década. Para profundizar en las posturas tan disidentes del referido debate, a continuación, analizaremos las cuestiones teóricas fundamentales que lo componen.

En el Exp. N° 008-2005-AI, el Tribunal Constitucional definió al convenio colectivo como “el acuerdo que permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referidas a remuneraciones, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales”.

En un contexto de pluralidad sindical (sistema adoptado por el ordenamiento jurídico peruano), las organizaciones sindicales -mayoritarias y minoritarias- tienen como propósito principal representar a la totalidad de trabajadores o solo a sus afiliados, respectivamente, comprendidos en su ámbito de negociación durante las situaciones de conflictos o reclamos de naturaleza colectiva. En consecuencia, se encargan de la celebración de convenios colectivos y de la supervisión estricta de su cumplimiento.

De conformidad con el artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2003-TR (en adelante, la “LRCT”) y el artículo 34 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 011-92-TR (en adelante, “RLRCT”) los sindicatos que afilien a la mayoría absoluta del número total de trabajadores del ámbito (es decir, más del 50%) serán considerados como mayoritarios.

Esta calificación es relevante si tomamos en cuenta que todas las organizaciones sindicales tienen “capacidad negocial”, pero solo los sindicatos mayoritarios poseen “legitimidad negocial”. El primer concepto significa que todos los sindicatos *pueden* negociar con el empleador, mientras que el segundo supone que el empleador se encuentra *forzado* a negociar con una determinada organización sindical (Privat, 2016).

Ahora bien, la calificación de un sindicato como «mayoritario» o «minoritario» tiene efectos prácticos de cara a delimitar si los convenios que suscriben colectivamente con su empleador tienen eficacia personal general o eficacia limitada, esto es, si se aplican a todos los trabajadores del ámbito de negociación o solo a aquellos afiliados a la organización sindical que lo negocia. Al respecto, el artículo 9 de la LRCT señala lo siguiente:

En materia de negociación colectiva, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito **asume la representación de la totalidad de los mismos, aunque no se encuentren afiliados**. De existir varios sindicatos dentro de un mismo ámbito, podrán ejercer conjuntamente la representación de la totalidad de los trabajadores los sindicatos que afilien en conjunto a más de la mitad de ellos. En tal caso, los sindicatos determinarán la forma en que ejercerán esa representación, sea a prorrata, proporcional al número de afiliados, o encomendada a uno de los sindicatos. De no haber acuerdo, cada sindicato representa únicamente a sus afiliados. (El énfasis es nuestro).

De la normativa citada, en lo que concierne a la eficacia personal de los convenios colectivos, la LRCT establece tres (3) reglas que se sintetizan en el cuadro que presentamos a continuación:

Tabla 1.1 - Reglas de la LRCT

Regla	Sindicato	Eficacia personal
1ra	Mayoritario	General: los beneficios del convenio se aplican a todos los trabajadores (afiliados + no afiliados).
2da	1 o más minoritarios que forman una "coalición mayoritaria" (logran representar en conjunto a más de la mitad de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito).	General: los beneficios del convenio se aplican a todos los trabajadores (afiliados + no afiliados).
3ra	Minoritario	Limitada: los beneficios del convenio se aplican únicamente a los afiliados.

Elaboración propia.

Entonces, bajo una primera interpretación literal de la tercera regla del referido texto normativo, se desprende que los beneficios de un convenio colectivo suscrito con un sindicato minoritario se aplican exclusivamente a los trabajadores afiliados a dicho sindicato, no debiendo extenderse al personal no afiliado.

Esto iba acorde con la línea seguida por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, "OIT"), que, con respecto a la representatividad y extensión de convenios colectivos, señala en el punto IV de su Recomendación sobre los contratos colectivos N° 91 (1951) que cada país puede supeditar la extensión de los convenios colectivos a un criterio de "suficiente representatividad". Del mismo modo, en la Decisión N° 1508 del Comité de Libertad Sindical se concluyó que la extensión de convenios colectivos a no afiliados no vulnera la libertad sindical siempre y cuando se trate de un convenio negociado por el sindicato "más representativo".

Así, hasta este punto, pareciera evidente que, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, se ha adoptado el criterio de mayor representatividad sindical como presupuesto para la extensión de los beneficios de los convenios colectivos a personal no afiliado.

Sin embargo, desde el año 2011 la Corte Suprema, a través de diversas sentencias en casación, consolidó una línea jurisprudencial referida a que el artículo 9 de la LRCT únicamente regulaba los supuestos de "representación" del sindicato dentro de la negociación colectiva, y no los efectos personales del convenio colectivo. A continuación, algunas de las casaciones más relevantes que avalaron esta postura:

Tabla 1.2 - Casaciones relevantes (Art. 9 de la LRCT)

Nº	Casación	Pronunciamiento
1	Casación Laboral N° 4115-2015-Lima	"Sétimo. Que, en tal sentido, el artículo 9 de la ley de relaciones colectivas de trabajo, únicamente regula los supuestos de representación del sindicato dentro del proceso de negociación colectiva, no así los efectos del convenio colectivo , aspecto reservado al artículo 42 de la citada ley, y al artículo 28 de su reglamento, cuya Interpretación, a la luz del principio de igualdad, no admite limitación por razón de la representación sindical " (el énfasis es nuestro).
2		"Octavo. Justamente, el movimiento sindical, cuya expresión máxima la encuentra en la negociación colectiva, punto de partida que da origen sea al laudo arbitral o bien al convenio colectivo, se basa precisamente en la necesidad de compensar la desigualdad real existente entre trabajadores y empleadores, y en función de ello, ha acuñado lo que se reconoce como principio de solidaridad, a través del cual las organizaciones sindicales procuran

	Casación Laboral Nº 11477-2013-Callao	<u>obtener del empleador beneficios tendientes a repartirse entre todos los trabajadores de la empresa, sin hacer distinciones de alguna clase,</u> pues dicha conducta contravendría –en principio– la esencia misma de la existencia de las organizaciones sindicales, la cual es la repartición equitativa y justa de los beneficios obtenidos en función del trabajo realizado.” (el énfasis es nuestro).
--	---------------------------------------	--

Elaboración propia.

A la luz de los argumentos expuestos en las citadas resoluciones ejecutorias de la Corte Suprema, la interpretación *a contrario sensu* del artículo 9 de la LRCT, según la cual una organización sindical minoritaria representa únicamente a sus afiliados, resultaba aislada e incorrecta. Así, aplicando el principio de igualdad de trato, la Corte Suprema señaló que un convenio colectivo de un sindicato minoritario sí podía ser aplicado a todos los trabajadores que se encontraban dentro su ámbito y gozaban de la misma calidad profesional dentro de la empresa. Inclusive, señaló que cualquier exclusión del convenio colectivo podría calificar como «inválida», por lo cual la extensión de beneficios de sindicatos minoritarios no sólo era válida, sino que también resultaba vinculante para el empleador.

No obstante, en otras Sentencias Casatorias nuestro Tribunal Supremo se apartó completamente de la línea jurisprudencial en cuestión, y empezó a emitir pronunciamientos en el sentido que el convenio colectivo de un sindicato minoritario no puede extenderse en favor de los no afiliados. Esto, por dos argumentos principales:

- a) Conforme al artículo 9 de la LRCT, es inválido extender beneficios pactados con un sindicato minoritario al personal no sindicalizado (es decir, se retoma la interpretación literal de la norma).
- b) Una extensión de beneficios al personal no sindicalizado supondría una afectación a la libertad sindical colectiva, en tanto, de acuerdo con la Casación Laboral Nº 12885-2014-Callao, desincentivaría que otros trabajadores se afilien al sindicato minoritario, pudiendo inclusive constituir un acto de injerencia antisindical porque los trabajadores optarían por no afiliarse ya que eventualmente gozarían de los beneficios pactados con organizaciones sindicales minoritarias.

Así, algunas de las casaciones más relevantes que avalaron esta postura son las siguientes:

Tabla 1.3 - Casaciones relevantes sobre la extensión de convenios colectivos

Nº	Casación	Pronunciamiento
1	Casación Laboral Nº 7248-2015-Lima	“Décimo Segundo. - Asimismo, por una interpretación lógica contrario sensu, es posible colegir que <u>en caso exista un sindicato, que no cuente con la afiliación de la mayoría absoluta de los trabajadores</u> en su ámbito (mitad de trabajadores más uno), solo contará con la representación de sus afiliados y como resultado de ello, <u>los beneficios</u>

		<u>comprendidos en la convención colectiva que pudiese celebrar solo le serán aplicables a los trabajadores sindicalizados</u> ” (el énfasis es nuestro).
2	Casación Nº 1315-2016-Lima	“Vigésimo Primero.- Lo discernido anteladamente permite concluir que <u>cuando el convenio colectivo ha sido celebrado por una organización sindical de representación limitada</u> , la misma que no goza de la representatividad de la mayoría de los trabajadores, <u>no pueden extenderse los efectos del convenio colectivo de este sindicato a los no afiliados</u> al mismo, pues, permitirlo desalentaría la afiliación, toda vez que los trabajadores preferirían no afiliarse a una organización sindical, ya que de igual modo gozarían de los beneficios pactados en los convenios colectivos que celebre dicho sindicato”. (el énfasis es nuestro).

Elaboración propia.

Dentro de las opiniones de nuestra doctrina, Paredes (2011, p. 196) apoya el criterio antes comentado, y señala que la extensión de los beneficios a los trabajadores que no se encuentran afiliados implica “un acto de injerencia antisindical porque el resultado que provoca es el desincentivo al ejercicio de la libertad sindical”. Así, cabría preguntarse ¿para qué afiliarse a un sindicato si es posible acceder a los beneficios que confiere sin necesidad de hacerlo y sin exponerse a ninguna represalia? ¿Para qué participar en las actividades de la organización sindical si, ulteriormente, el empleador recompensará a los trabajadores no sindicalizados?

Ahora bien, nuevamente, con el paso del tiempo la Corte Suprema emitió casaciones que evidenciaban un criterio distinto al anterior. Ahora, nuestro Tribunal explicaba que era perfectamente posible que se extiendan los beneficios colectivos pactados con las organizaciones sindicales minoritarias a trabajadores no afiliados, como lo hizo en la Casación Nº 16995-2016-Lima. En dicha Casación, se señaló que es posible extender los beneficios del convenio colectivo por disposición expresa en el convenio colectivo o cuando se limite el ejercicio a la “libertad sindical individual positiva” del trabajador.

Existen, a su vez, autores que se han pronunciado en el mismo sentido, como Toyama y Torres (2017) que comparten la opinión de la doctrina que señala que la norma que regula la eficacia del convenio colectivo no prohíbe la extensión de los acuerdos suscritos con sindicatos minoritarios al personal no afiliado, con algunos matices; por ejemplo, que el empleador y el sindicato minoritario hayan acordado la no extensión.

Es entonces en el marco de un contexto lleno de opiniones diferentes y hasta contradictorias por parte de los jueces laborales sobre la materia antes comentada, que el 6 de agosto de 2019 se llevó a cabo el VIII Pleno, en el cual se reconoció lo siguiente:

Es posible extender unilateralmente los beneficios de un convenio colectivo cuando se trate de beneficios laborales más favorables al trabajador; y, cuando estemos ante locadores de servicios con vínculo desnaturalizado y que se hayan visto imposibilitados de ejercer su libertad de afiliación sindical, es posible extender los beneficios de los convenios colectivos pactados con sindicatos minoritarios.

Cabe precisar que, si bien el citado Pleno no es vinculante para los órganos jurisdiccionales, este es trascendente pues sienta las bases para una línea jurisprudencial más uniforme.

Así las cosas, tras la publicación del Pleno, las casaciones se empezaron a decantar por reconocer que los beneficios de los convenios colectivos de sindicatos minoritarios sí pueden aplicarse a aquellos locadores de servicios con vínculo desnaturalizado (es decir, aquellos que fueron contratados mediante una locación de servicios fraudulenta), dado que se vieron imposibilitados de ejercer su derecho de afiliación durante dicha contratación.

Por ejemplo, en la Casación Laboral N° 4007-2018-Lima, en el fundamento 5.7., la Corte Suprema señaló lo siguiente:

No resulta exigible a los demandantes que han obtenido el reconocimiento de su vínculo laboral y como consecuencia del mismo, la percepción de los beneficios económicos plasmados en una convención colectiva, la acreditación de la representatividad del Sindicato que ha sido parte de la negociación colectiva.

En ese sentido, el criterio judicial predominante empezó a seguir la línea de que el supuesto de hecho contemplado en el artículo 9° de la LRCT no resulta aplicable a los trabajadores que se encontraban *formalmente* imposibilitados de ejercer su derecho a la libertad sindical a razón de una contratación fraudulenta cuya determinación ocurrió de manera posterior en el marco de un proceso judicial. (Pleno Jurisdiccional Laboral y Procesal Laboral, 2024).

Así, por ejemplo, tenemos la Casación Laboral N° 1057-2021-Lima, en la que expresamente se reconoce lo siguiente en el fundamento décimo segundo:

No se advierte infracción normativa alguna respecto de los artículos 9 y 42 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, pues en rigor, aun en el supuesto de que el SOMSI no tenga condición de sindicato mayoritario, no impide que los beneficios sindicales otorgados por convenios colectivos y negociaciones colectivas le sean extensivos al demandante, puesto que la razón para su aplicación no es que el sindicato sea mayoritario, sino que proviene de su condición de trabajador precario con vínculo laboral no reconocido, a quien le corresponde percibir dichos beneficios aun cuando el sindicato sea minoritario ante

la imposibilidad de afiliarse a dicho sindicato, en estricta coherencia con el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional (2019).

De otro lado, en la Casación N° 10178-2021-Lima se ha señalado lo siguiente en el fundamento vigésimo:

A mayor abundamiento, considera esta Sala Suprema que los trabajadores no afiliados en su momento, pueden ser beneficiarios de los alcances de un convenio colectivo en los casos de afectación al derecho fundamental de la libertad sindical (libertad sindical individual), el mismo que se vulnera cuando se limita directa o indirectamente la afiliación de un trabajador a un Sindicato. Esto ocurre, por ejemplo, cuando debido a la actuación fraudulenta o negligente de la empleadora, se celebran contratos de naturaleza civil o administrativa y en consideración al principio de primacía de la realidad, el órgano jurisdiccional declara la existencia de un contrato de trabajo de naturaleza laboral.

1.2. Contexto social y jurídico del VIII Pleno en materia Laboral y Previsional

Como adelantamos en el apartado anterior, en 2019 tuvo lugar el VIII Pleno. Dentro de los temas tratados se abordó la extensión de beneficios pactados en el convenio colectivo a los locadores de servicios con vínculo desnaturalizado.

La cuestión planteada es relevante en tanto, como se mencionó, se hace factible la extensión de los beneficios del convenio colectivo de un sindicato minoritario a personal no afiliado, los cuales, por lo menos al nivel normativo, tienen eficacia limitada. Ello, de acuerdo a lo descrito en el apartado anterior, ya ha sido materia de pronunciamiento en senda jurisprudencia a nivel nacional previa a la emisión del Pleno. Sin embargo, no era un tema zanjado debido a la multiplicidad de posturas contradictorias al respecto; hecho que, precisamente, motivó la realización del Pleno. Así, el VIII Pleno se constituyó como una instancia valiosa para establecer una postura más uniforme sobre esta materia.

Acogiéndose a una de las posturas desarrolladas por parte de la jurisprudencia, el VIII Pleno Jurisdiccional señaló que no es posible extender los beneficios del convenio colectivo celebrado con un sindicato minoritario a trabajadores no afiliados, salvo acuerdo *inter partes* o decisión unilateral del empleador. Asimismo, estableció lo siguiente:

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

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

Resulta clara la postura acogida por parte de la Corte Suprema de Justicia al respecto: los locadores de servicios que se hayan visto imposibilitados de ejercer su derecho de afiliación - como expresión del derecho a la libertad sindical - por encontrarse desnaturalizado su vínculo laboral con el empleador, deben percibir los beneficios pactados en los convenios colectivos (incluso los celebrados por sindicatos minoritarios).

Ahora bien, más allá de la jurisprudencia contradictoria sobre la materia comentada con anterioridad, conviene encontrar la justificación social o pragmática del citado pronunciamiento. Es decir, debemos preguntarnos: ¿cuál es la razón que subyace al acogimiento de la postura asumida por la Corte Suprema en el VIII Pleno?

Adentrándonos un poco más en el contexto social e histórico en el que se emitió el Pleno resulta de vital importancia mencionar que durante las últimas décadas el uso (y abuso) de la contratación mediante locación/prestación de servicios se ha ido acrecentando, como una manera de eludir los efectos que se despliegan como consecuencia la formalización de una relación de tipo laboral, específicamente aquellas obligaciones que inciden económicamente en el empleador.

En resumidas cuentas, la locación de servicios es una institución cada vez más utilizada en el Perú para que empleadores puedan evitar el pago y cumplimiento de diversas obligaciones de índole laboral, tales como: pago de beneficios sociales, cumplimiento de procedimientos específicos para el despido y demás garantías que ofrece el sistema laboral, pese a que en efecto se cumplen cada uno de los elementos que evidencian la existencia de una relación laboral.

A continuación, se ofrece un cuadro resumen con estadísticas extraídas de los Anuarios Estadísticos Sectoriales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, "MTPE") de los años 2016 a 2018, en el cual se puede evidenciar una tendencia al alza en la utilización de contratos de locación de servicios a nivel nacional en el sector privado:

Tabla 2.1 – Tendencia en la contratación bajo la modalidad de locación de servicios

PRESTADORES DE SERVICIO DE 4ta. CATEGORÍA-LOCADORES EN EL SECTOR PRIVADO POR AÑOS, SEGÚN REGIONES			
REGIONES	TOTAL POR REGIÓN		
	2016	2017	2018
AMAZONAS	13,621	15,353	15,862
ANCASH	55,154	53,187	56,969
APURÍMAC	12,202	14,052	17,916
AREQUIPA	306,914	315,296	332,006
AYACUCHO	20,498	21,854	23,237
CAJAMARCA	49,821	51,071	57,328
CALLAO	199,875	211,451	217,407
CUSCO	157,171	164,829	176,904
HUANCAVELICA	5,252	5,504	5,363
HUÁNUCO	45,602	44,713	45,537
ICA	96,491	101,246	106,309
JUNÍN	119,512	128,396	127,691
LA LIBERTAD	176,385	164,121	175,235
LAMBAYEQUE	128,552	116,204	132,671
LIMA	4,360,989	4,582,063	4,906,203
LORETO	83,183	84,362	89,353
MADRE DE DIOS	17,799	19,980	21,419
MOQUEGUA	19,458	19,368	20,753
PASCO	18,860	18,262	21,143
PIURA	173,992	158,384	192,834

PUNO	51,082	53,375	57,017
SAN MARTÍN	61,781	70,200	76,879
TACNA	58,282	57,158	59,332
TUMBES	17,035	15,062	16,468
UCAYALI	57,526	60,736	65,079
TOTAL	6,307,037	6,546,227	7,016,915

Elaboración propia.

Fuente: Anuarios Estadísticos Sectoriales del MTPE

De la lectura del cuadro se puede apreciar cómo, a nivel nacional, la contratación bajo la modalidad de locación de servicios se acrecentó en más de medio millón en un periodo de dos años.

La situación no fue más alentadora en el sector público, es en ese contexto que se publicaron diversos proyectos de ley que pretendían restringir la contratación bajo la modalidad de prestación de servicios en el sector público, entre ellos: el Proyecto de Ley N°. 05872-2020-CR, “Proyecto de Ley que elimina la figura normativa del Contrato de Locación de Servicios como Modalidad de Contratación en el Sector Público, para el caso de prestaciones de servicios personales sujetas a permanencia y cumplimiento de una jornada laboral” y el Proyecto de Ley N°. 05246-2020-CR, “Ley que prohíbe a todas las Entidades Públicas contratar bajo la Modalidad de Locación de Servicios para actividades de carácter permanente”, los cuales, entre otros motivos, se sustentan precisamente en la incorrecta utilización del contrato de prestación de servicios y la alta tasa de informalidad y concentración de locadores en el gobierno nacional y local. Finalmente, las disposiciones se consolidaron en la Ley N° 312928, “Ley que prohíbe a las Entidades Públicas contratar personal mediante la Modalidad de Locación de Servicios para actividades de naturaleza subordinada”.

Todo ello dio pie a que las entidades del Estado responsables de velar por la formalización de los trabajadores desplegaran diversos mecanismos para asegurar la correcta contratación de los trabajadores, dentro de los cuales se encontraron: (i) El despliegue de diversos operativos para verificar la formalización iniciados por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, “Sunafil”) y; (ii) La implementación del aplicativo “verifica tu chamba”, sistema mediante el cual - ante la consulta de los trabajadores - se envía una alerta al empleador informándole que se han identificado inconsistencias en su planilla, entre otros.

Frente a este desalentador panorama, que supone - al menos en parte - un abuso de la figura de la locación de servicios y que genera desprotección a los trabajadores, resulta razonable presumir que la extensión de los beneficios pactados en el convenio colectivo a los locadores con vínculo

desnaturalizado se adoptó como paliativo para hacer frente a esta situación, postura que fue acogida por la Corte Suprema en diversa jurisprudencia y, finalmente, asentada en el VIII Pleno.

1.3. Limitaciones y posibles contingencias que se derivan de la decisión adoptada por el VIII Pleno

La decisión tomada durante el VIII Pleno ha sido un paso significativo en la resolución de la inseguridad jurídica que prevalecía debido a la falta de armonización en las decisiones judiciales relacionadas respecto del otorgamiento de los beneficios estipulados en los convenios colectivos a los locadores con vínculos desnaturalizados.

No obstante, es fundamental reconocer que esta decisión también presenta ciertas problemáticas, esencialmente, debido a la ausencia de un análisis exhaustivo de las posibles contingencias que podrían surgir como consecuencia de esta decisión. Por lo tanto, aunque la decisión del VIII Pleno ha contribuido a abordar la inseguridad jurídica en este ámbito, resulta necesario que se efectúe un análisis de las consecuencias e implicancias de la presente decisión, así como de los escenarios que podrían presentarse en la vida práctica, lo cual se pretende realizar en el presente trabajo de investigación.

Del análisis crítico del VIII Pleno se revela una omisión relevante: la ausencia del análisis del fundamento o título jurídico bajo el cual se conceden los beneficios estipulados en el convenio colectivo a los locadores con vínculo desnaturalizado. Es decir, no se aborda la cuestión crucial de si dichos beneficios son otorgados a título de indemnización por el eventual daño causado en virtud de la contratación fraudulenta o, si son otorgados a título de “reintegro”, por tratarse de un derecho preexistente o, si más bien responde a una mera medida disuasiva adoptada por la Corte Suprema. Esta distinción es esencial, ya que determina la naturaleza y alcance del reconocimiento de este derecho, así como sus implicaciones legales para las partes involucradas (locadores, empleadores y organizaciones sindicales).

Otra evidencia de la omisión del análisis jurídico de la medida adoptada por el VIII Pleno es la decisión de permitir que el locador con vínculo desnaturalizado elija libremente el convenio colectivo cuyos beneficios le serán reconocidos, sin considerar el ámbito de aplicación del mismo pues podría surgir una situación en la cual el convenio colectivo escogido - dado su ámbito de aplicación - no le resulte aplicable al locador con vínculo desnaturalizado.

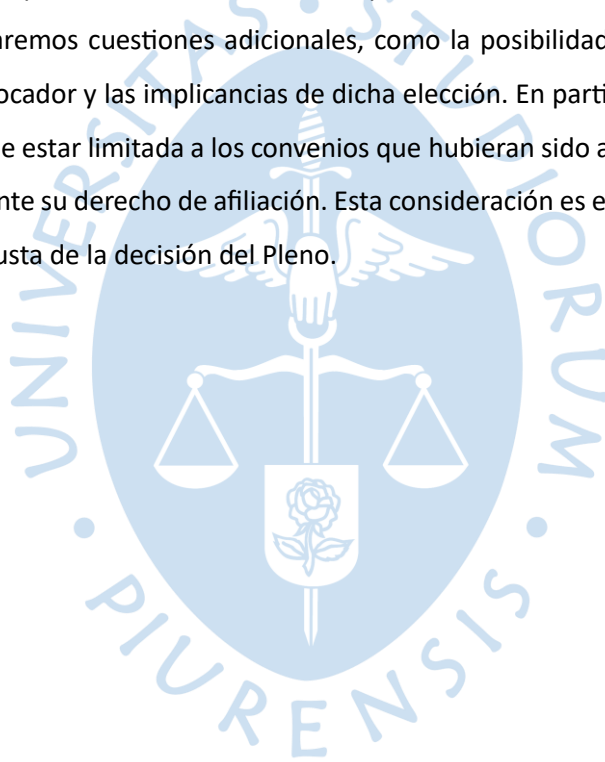
Un claro ejemplo sería el caso en el cual el convenio colectivo esté pensado para trabajadores del sector operativo de la empresa y el locador pertenezca a un área administrativa. La pregunta es: ¿debe limitarse la decisión del locador con vínculo desnaturalizado únicamente a los convenios que le hubieran podido ser aplicados en caso hubiera podido haber ejercido su derecho de afiliación?

En resumen, el análisis detenido del fundamento jurídico y de las implicancias jurídicas derivadas de la medida adoptada por el VIII Pleno es esencial para abordar preguntas importantes

como la mencionada y garantizar que la decisión tomada por el VIII Pleno se ajuste a derecho. En el presente trabajo, pretendemos ahondar en el análisis del título o fundamento jurídico que subyace al otorgamiento de los beneficios establecidos en los convenios colectivos a locadores con vínculo desnaturalizado y, asimismo, determinar las implicancias y consecuencias prácticas derivadas de la decisión adoptada por el VIII Pleno.

En primer lugar, exploraremos si el otorgamiento de estos beneficios se basa en una indemnización destinada a compensar la restricción del ejercicio del derecho a la libertad sindical por parte de los locadores o el encubrimiento del vínculo laboral. O, por el contrario, si estos beneficios se interpretan como una presunción del ejercicio del derecho de afiliación por parte de los locadores. Esta distinción resulta fundamental, ya que afecta directamente la naturaleza y el alcance de los beneficios en cuestión, así como su aplicabilidad en situaciones específicas.

Además, abordaremos cuestiones adicionales, como la posibilidad de elección del convenio colectivo por parte del locador y las implicancias de dicha elección. En particular, consideraremos si la elección del locador debe estar limitada a los convenios que hubieran sido aplicables en caso de haber podido ejercer plenamente su derecho de afiliación. Esta consideración es esencial para garantizar una aplicación coherente y justa de la decisión del Pleno.



Capítulo II

Tratamiento jurídico de los locadores de servicio en nuestro ordenamiento jurídico

2.1. Régimen de contratación de los locadores de servicios

2.1.1. Características del contrato de locación de servicios

Como se mencionó en el capítulo anterior, la contratación bajo la modalidad de la locación de servicios es cada vez más utilizada en el Perú debido al ahorro que el uso de esta modalidad representa para los empleadores. A diferencia de las relaciones laborales, que se rigen - al menos de manera general - por el Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, "LPCL", la locación de servicios se rige por lo dispuesto en el Código Civil y se encuentra regulado en los artículos 1764 y siguientes.

Respecto al concepto de "locación de servicios", el artículo 1764 señala que "el locador se obliga, **sin estar subordinado al comitente**, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución" (el énfasis es nuestro).

Como puede observarse, en la locación de servicios se trata de una prestación de servicios: (i) personales³; (ii) independientes⁴ (iii) realizados por un plazo determinado⁵ y; (iv) a cambio de una retribución⁶.

Respecto al carácter personal del servicio, el artículo 1776 del Código Civil es claro al señalar que, si bien el servicio ha de ser prestado con carácter personal, es posible que el locador se valga de terceros, los que podrán ser auxiliares o inclusive, en determinados casos, sustitutos. Ello no resulta viable en una relación de trabajo, donde el servicio debe ser prestado íntegramente por la persona contratada.

El plazo máximo de duración de los contratos de locación de servicios también es un claro diferenciador de este tipo de contratos con los contratos laborales pues, si bien en el ámbito laboral también existen contratos sujetos a plazo determinado, la regla es la contratación a tiempo indefinido. Tan es así que el artículo 4 de la LPCL, establece la presunción de existencia de contrato a plazo indeterminado en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados.

³ De acuerdo con el artículo 1776 del Código Civil, en la locación de servicios, el servicio deberá ser prestado con carácter personal, pero es posible que el locador se valga de terceros bajo su dirección o responsabilidad, lo que no resulta posible en un contrato de trabajo.

⁴ Entiéndase, "no subordinados".

⁵ El cual puede ser por un máximo de tres (03) o seis (06) años, dependiendo del tipo de servicio a realizarse, de conformidad con el artículo 1768 del Código Civil.

⁶ La cual será fijada de conformidad con la voluntad de las partes o, en su defecto, según lo establecido en el artículo 1767 del Código Civil.

Ahora bien, en cuanto a la retribución por el servicio, debemos recordar que el Código Civil se rige por el principio de autonomía privada de las partes, mediante el cual locador y comitente podrán establecer libremente y sin mayor limitación la retribución a pagarse por el servicio prestado. Solo en caso que esta no hubiera sido fijada de común acuerdo por las partes, dicho vacío podrá ser suplido por lo señalado en el artículo 1767 del Código Civil.

Por su parte, en los contratos de trabajo tal principio no tiene carácter absoluto pues si bien, en principio, las partes pueden fijar la remuneración de acuerdo a sus intereses, el empleador deberá observar el tope mínimo equivalente a la Remuneración Mínima Vital o, inclusive, normativa específica, como la relativa a la igualdad salarial.

Sin perjuicio de las observaciones antes anotadas, consideramos que un elemento esencial que caracteriza al contrato de locación de servicios es precisamente aquel que lo diferencia de un contrato de tipo laboral: la ausencia de subordinación. Es entonces la subordinación el elemento determinante para analizar si nos encontramos frente a una relación laboral o a una de tipo civil.

Los alcances de la subordinación, que caracteriza a los contratos de trabajo, se encuentran regulados en el artículo 9 de la LPCL, que en resumidas cuentas permite concluir que nos encontraremos ante una prestación de servicios subordinados cuando se haga uso de la “facultad de dirección”.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿cuál es la razón por la cual la contratación bajo la modalidad de locación de servicios resulta ser tan atractiva para los empleadores peruanos? Sin pretender englobar la totalidad de los casos en los que se hace un uso indebido de este tipo de contratos, consideramos que el principal factor que motiva a los empleadores a contratar bajo la modalidad de locación de servicios a pesar de tratarse de servicios subordinado, es el “ahorro de costos” que el uso de esta figura representa (Mendives, s.f.).

La existencia de un vínculo laboral genera el despliegue de una serie de obligaciones que deberán ser obligatoriamente observadas por los empleadores, en muchos casos las mismas pueden resultar excesivas para los micro o pequeños empresarios⁷. De modo enunciativo, se pueden encontrar las siguientes obligaciones:

1. Pago de beneficios sociales: gratificaciones, Compensación por Tiempo de Servicio (“CTS”) y vacaciones.
2. Observancia del procedimiento legal establecido para el despido y la imposición de sanciones.
3. Contar con variada documentación y registros: registros de ingresos y salidas, solicitudes de vacaciones, Reglamento Interno de Trabajo, Política Salarial, entre otros.

⁷ En atención a dicha problemática se aprobó un régimen especial, aplicable a la micro y pequeña empresa, regulado actualmente por el Decreto Supremo No. 013-2013-PRODUCE.

4. Pago del Seguro Social y del Seguro Vida Ley.
5. Observancia de obligaciones en materia de Seguridad y Salud en el trabajo.
6. Observancia de obligaciones en materia de Prevención del Hostigamiento Sexual e Igualdad Salarial, entre otros.

Mediante el uso de la figura de la locación de servicios, también conocido coloquialmente como “Recibo por Honorarios”, los empleadores se ahorran muchos de los costos que implica la observancia de las obligaciones antes mencionadas, razón por la cual esta figura resulta tan atractiva para los mismos.

Sin embargo, debe tenerse presente que, el inciso 2 del artículo 23 de la Ley N° 29497- Nueva Ley Procesal de Trabajo, establece que, si se demuestra la existencia de una prestación personal de servicio, se presumirá *iuris tantum* la existencia de los elementos de remuneración y subordinación (Fajardo, 2015).

De modo que, por mucho que el vínculo se encuentre encubierto bajo la figura de la locación de servicios -caso en el cual estaremos frente a una contratación “desnaturalizada”- los efectos de una relación de trabajo se desplegarán de igual forma, sin perjuicio de las eventuales sanciones e indemnizaciones que pudiesen surgir.

2.1.2. Desnaturalización del contrato de servicios, la figura del “falso locador”

Tal como se mencionó en el apartado anterior, si se determina que el vínculo se encuentra desnaturalizado, los efectos de la existencia de una relación de trabajo se desplegarán de igual forma.

En este supuesto, nos encontraremos frente a la figura del “falso locador” o “locador con vínculo desnaturalizado”, bajo la cual se contrata a un trabajador como locador de servicios pese a que el servicio se presta bajo los parámetros de una relación laboral, es decir, cumpliendo con todos los elementos esenciales para la existencia de un contrato de trabajo.

De ser este el caso, el “falso locador” encontrará expedito su derecho a demandar en la vía correspondiente el reintegro de los beneficios sociales que no percibió y el reconocimiento del vínculo laboral, sin perjuicio de solicitar una eventual indemnización por daño moral, en caso de despido una indemnización por despido arbitrario, y, como se verá más adelante, los beneficios pactados en el convenio colectivo que elija, de conformidad con lo señalado en el VIII Pleno.

2.1.3. La presunción de laboralidad y el principio de primacía de la realidad

Ahora bien, a efectos de analizar si nos encontramos frente a un “falso locador”, es necesario evaluar si se cumplen con los elementos esenciales de un contrato de trabajo.

Como se desprende de Pacheco (2012), la doctrina es uniforme al precisar que los elementos del contrato de trabajo son, esencialmente, los siguientes: (i) prestación personal de servicios; (ii)

subordinación y; (iii) remuneración, siendo la subordinación el elemento característico del mismo (p. 33).

De lo mencionado, queda claro que los elementos esenciales del contrato de trabajo, si bien no han sido fijados expresamente por la ley, pueden desprenderse del artículo 4 de la LPCL que fija la siguiente presunción: *“Artículo 4.- En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.”*

El presente artículo no hace sino recoger el denominado “principio de primacía de la realidad”, el cual supone que, en caso de discrepancia entre la práctica (realidad) y lo que señala el contrato de trabajo o cualquier otro documento, se debe preferir lo primero, es decir, lo que sucede efectivamente en los hechos⁸. Así, a la luz de este principio, aun cuando frente a la existencia de un contrato de naturaleza civil (locación de servicios), “lo que determina la naturaleza de una relación contractual entre las partes es la forma en la práctica se ejecuta dicho contrato; es decir la preeminencia de la realidad material sobre lo estipulado en el contrato”. (Plá, 1975, como se citó en Toyama y Vinatea, 2017”).

Sin embargo, pese a ser tres los elementos que fijan la existencia de un contrato de trabajo, a nivel procesal, la Nueva Ley Procesal de Trabajo, en el inciso 2 del artículo 23 se regula una presunción de laboralidad siempre y cuando se haya acreditado la prestación personal de servicios. De modo tal que, a efectos de acreditar la existencia del vínculo laboral en un juicio, se invierte la carga de la prueba⁹ si es que el demandante acredita la mera prestación personal de servicios, correspondiendo al empleador desvirtuar la existencia de los demás elementos del contrato de trabajo, así como la contratación a plazo indeterminado (Fajardo, 2015).

Según Sanguineti Raymond (2015) la presunción de laboralidad permite dar por cierta la existencia de todos los elementos necesarios para que estemos ante un contrato laboral si se verifica la prestación personal de servicios, aplicando las reglas de la experiencia (Raymond, como se citó en Fajardo, 2015).

2.1.4. Efectos de la desnaturalización

Tal como se mencionó precedentemente, con la determinación de la desnaturalización del vínculo del “falso locador” se desplegarán los efectos de la existencia de una relación laboral.

⁸ Definición acogida en el Fundamento No. 03 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 1944-2002-AA/TC.

⁹ Regla bajo la cual, la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuren su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, de conformidad con el inciso 1 del artículo 23 de la Nueva Ley Procesal de Trabajo.

En primer lugar, al haberse acreditado los elementos esenciales del contrato de trabajo, de conformidad con el artículo 4 de la LPCL, se generará la presunción de un contrato a plazo indeterminado, la cual incide en el reconocimiento del derecho a la protección contra el despido arbitrario, con la consecuente indemnización¹⁰ correspondiente.

Por su parte, si se determina la existencia de una relación laboral, no solo corresponderá el reintegro de los beneficios sociales dejados de percibir por el “falso locador” (tales como gratificaciones, compensación por tiempo de servicios y vacaciones), sino que también es posible que, sumada a la indemnización por despido arbitrario, se acumule una pretensión por daño moral (en caso el “falso locador” hubiera sido cesado).

Adicionalmente, la contratación fraudulenta mediante la locación de servicios también puede implicar la imposición de una serie de sanciones administrativas por incumplimiento de las obligaciones laborales, las cuales serán sancionadas según lo dispuesto en la Ley N° 28806 - Ley General de Inspección de Trabajo, su Reglamento y modificatorias.

Finalmente, de conformidad con el VIII Pleno y demás jurisprudencia sobre la materia, también corresponderá el pago de los beneficios pactados en el convenio colectivo de la elección del trabajador.

2.2. Marco normativo de la reparación ante la afectación de un derecho laboral

Ante cualquier afectación a los derechos laborales, el ordenamiento jurídico peruano prevé la responsabilidad civil como mecanismo para compensar el perjuicio sufrido por los trabajadores desde dos perspectivas: en primer lugar, desde una óptica reparatoria/satisfactoria, es decir, mediante la restitución del derecho o restitución de la víctima a la posición en la que se encontraba antes de que el daño se produzca (por ejemplo, ante un despido, a través de la reposición al centro de trabajo); y en segundo lugar, desde una óptica aflictivo-consolatoria, que se da en los casos en los que la restitución del derecho resulta imposible por lo que se busca reparar el daño mediante montos indemnizatorios “suficientes” o “satisfactorios” (León, 2014).

Una ejemplificación de que nuestro ordenamiento adopta estos dos mecanismos de reparación ante el daño ocasionado a un trabajador, se recoge en el artículo 34º de la LPCL que señala:

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

¹⁰ Cabe precisar que el pago de la indemnización por despido arbitrario varía según se trate de un contrato a plazo indeterminado o de un contrato a plazo fijo. En caso de contratos indeterminados la indemnización se regula por lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que fija el pago de una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones, mientras que en el caso de los contratos a plazo fijo la regla para el pago de la indemnización es de una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes restante para el término del contrato.

cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que, en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38º.

En consecuencia, nuestra legislación laboral ha acogido un sistema de tutela resarcitoria o restitutoria para reparar la vulneración de los derechos laborales individuales, como el caso de un despido. Y tal es el caso, que, en el Derecho del Trabajo, el régimen indemnizatorio del sistema de responsabilidad civil depende de la remisión que la propia norma laboral haga al mismo o de la necesidad de cubrir vacíos de regulación que deben rellenarse con la analogía o supletoriedad de aquel régimen (Mella, 2013).

Pero lo cierto es que las consecuencias indemnizatorias previstas por ley no acogen todos los supuestos de incumplimiento del empleador. Así, existe una variedad de incumplimientos de las obligaciones de las partes respecto de las cuales la normativa laboral no prevé indemnización alguna. Tal es el caso de la tutela correspondiente para la protección de los derechos colectivos (como, por ejemplo, la vulneración al derecho a la libertad sindical individual), dado que no existe en nuestro ordenamiento jurídico laboral una norma específica que regule las vías de reparación y/o indemnización ante la afectación de estos derechos a la cual podamos remitirnos. (Montero, 2019).

Al respecto, traemos nuevamente a colación el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1469-2002-AA/TC en el cual se definen los actos vulneratorios del derecho a la libertad sindical. En ese sentido, resulta evidente que una afectación a un derecho de naturaleza colectiva como la libertad sindical debe ser reparada, lo cual, según nuestra práctica judicial, suele realizarse a través del sistema de responsabilidad civil y el llamado “derecho de daños”.

2.3.1. La responsabilidad civil como mecanismo de reparación de daños en el derecho laboral

“La responsabilidad civil es aquella obligación que impone el ordenamiento al autor de un daño de resarcir a la víctima” (León, 2007, como se citó en Ágreda, 2019), “inclusive cuando el perjuicio no pudiera haberse evitado por el ejercicio del cuidado” (Posner, 2007, como se citó en Ágreda, 2019). Así, la responsabilidad civil hace referencia a toda obligación de resarcir el daño causado a otra persona.

En el Derecho del Trabajo, la responsabilidad civil se manifiesta en sus dos vertientes tradicionales: el ámbito de la responsabilidad civil contractual y el de la responsabilidad civil extracontractual. Considerando que el objeto de estudio del presente trabajo constituye un hecho de responsabilidad contractual, únicamente nos remitiremos a desarrollar dicho concepto.

La responsabilidad laboral contractual se refiere a la obligación de compensar los daños que resultan del incumplimiento de las obligaciones de las partes en el marco de la relación laboral, ya sea a razón del contrato de trabajo y sus cláusulas específicas y/o de las normas laborales de carácter más

general. Precisamente, los posibles perjuicios derivados de una relación de locación de servicios desnaturalizada se enmarcan dentro del ámbito de la responsabilidad civil contractual, dado que, en virtud del principio de primacía de la realidad, se tiene por cierto que entre el empleador y el locador existió una relación laboral. Para que proceda una indemnización por daños y perjuicios dentro de una relación laboral, es necesario que concurren todos los elementos de la responsabilidad civil. Según la clasificación propuesta por Taboada (2003), estos son:

1. Antijuridicidad
2. Daño
3. Relación de causalidad
4. Factores de atribución

En línea con la jurisprudencia y doctrina peruana, la Casación Laboral N° 23470-2018-La Libertad, emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, ha desarrollado estos elementos del daño de la siguiente manera:

- **Antijuridicidad:** Se configura cuando un acto vulnera el orden público, la normativa vigente o las buenas costumbres.
- **Relación de causalidad:** Se refiere al vínculo directo entre el hecho generador del daño y el perjuicio ocasionado, lo que permite determinar la responsabilidad del agente.
- **Factores de atribución:** Corresponden a los criterios bajo los cuales se imputa la inexecución de una obligación, pudiendo ser dolo, culpa inexcusable o culpa leve.
- **Daño:** Constituye el elemento central de la responsabilidad civil e implica la afectación a un interés jurídico protegido de una persona, lo que puede traducirse en un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial.

En ese sentido, Osterling y Castillo (2003) definen al daño de la siguiente manera:

Una lesión que por dolo o culpa – de otro – recibe una persona en un bien jurídico que le pertenece, lesión que le genera una sensación desagradable por la disminución de ese bien, es decir de la utilidad que le producía, de cualquier naturaleza que ella fuese; o que es todo menoscabo que experimenta un individuo en su persona y bienes a causa de otro, por la pérdida de un beneficio de índole material o moral, o de orden patrimonial o extrapatrimonial (p. 373).

Como adelantamos en los párrafos precedentes, el elemento central de la responsabilidad civil es el daño. Así, lo cierto es que, “por muy ilícita o reprochable que sea la conducta del sujeto causante, la responsabilidad en cuestión no existirá, sino se produce un daño real a la víctima” (Mella, 2013, p. 4).

Según las diversas teorías planteadas a nivel doctrinario, los daños se dividen en patrimoniales o extrapatrimoniales. En primer lugar, los daños patrimoniales suelen identificarse con los daños ocasionados en el plano material, es decir, los daños respecto de los derechos y/o bienes económicos del afectado. Dentro de esta primera división, se encuentra el daño emergente y el lucro cesante. El daño emergente se identifica con el “valor de la pérdida” sufrida por el demandante en su patrimonio como consecuencia del hecho o evento dañoso (Mella, 2013). Mientras tanto, en la Casación Laboral N°3499-2015-La Libertad se define un concepto de lucro cesante como las ganancias dejadas de percibir o la pérdida patrimonial efectivamente sufrida como consecuencia del evento dañoso. Cabe señalar que se trata de ganancias efectivas, por lo cual exige respaldo en circunstancias objetivas y no meras probabilidades y/o expectativas.

Ahora bien, respecto de la segunda división, los daños extrapatrimoniales constituyen aquellos daños que lesionan los derechos de la persona como tal y le ocasionan un sufrimiento interno a nivel psíquico o espiritual, como, por ejemplo, sentimientos de angustia, depresión y/o ansiedad. Son los llamados daños “inmateriales”. Dentro de esta segunda división, se encuentra el daño moral y el daño a la persona.

Leysser (2014, p. 348) define al daño moral como el “menoscabo del estado de ánimo, padecimiento interior o sentimiento de desasosiego que subsigue a la comisión de un hecho generador de responsabilidad civil”. Así, en estricto, el daño moral es el sufrimiento, dolor interno o padecimiento psíquico que sufre el afectado. Por otro lado, el referido autor define al daño a la persona como:

(...) La lesión a la integridad psíquica y física o el menoscabo, considerado en sí mismo, de la salud del individuo. Se le ha definido, en tal sentido, como la consecuencia de toda modificación negativa (extrínseca o intrínseca, general o particular, temporal o permanente) que afecte la integridad anatómica o funcional del individuo, considerado como entidad somática y psíquica.

Adicionalmente, nuestra doctrina ha diferenciado al daño a la persona en dos subcategorías: el daño psicosomático, consistente en todos los daños que afectan la salud física y/o mental de la persona; y el daño al proyecto de vida, referida a los daños ocasionados a la expectativa de realización del individuo (Ágreda, 2019).

Ahora bien, cabe señalar que, a efectos de que se condene el pago de una indemnización por daños y perjuicios a favor de quien lo invoque y en perjuicio de la parte que incumplió con su obligación contractual, se requiere la prueba de la existencia de los daños alegados. Esto significa que no es suficiente con la verificación del mero incumplimiento contractual a efectos de que se otorgue una indemnización, pues los daños no se presumen, requieren de prueba en concreto.

Mella (2013), citando una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 5 de noviembre del 2002 (RJ 2003/95508), señala lo siguiente:

La obligación de indemnizar daños y perjuicios no es consecuencia obligada del incumplimiento por uno de los contratantes, ya que para que nazca y sea exigible precisa que se demuestre la realidad de haberse producido aquellos”, sin que dicha obligación pueda derivarse de supuestos “meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, pues, en tal caso, perdería la indemnización su natural carácter, adquiriendo el de una sanción penal.

En efecto, lo anterior no hace más que ratificar lo que en el derecho procesal laboral peruano se encuentra regulado en el artículo 23.1. de la Nueva Ley Procesal del Trabajo: “la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos (...)”.

Pues bien, lo que suele ocurrir mayormente en la práctica es que, al ser los trabajadores demandantes los que solicitan las pretensiones de indemnización por daños y perjuicios, en ellos recaiga la responsabilidad de desplegar la actividad probatoria en cuanto a la certeza de los daños alegados en su demanda, y, además (tomando en cuenta las reglas de la responsabilidad civil), que dichos daños tienen su origen en el incumplimiento de la parte deudora, lo que es conocido también en la doctrina como la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el daño causado.

2.3. Afectación a derechos fundamentales

Cuando un trabajador es contratado bajo una locación de servicios “fraudulenta” conforme lo expuesto en el apartado anterior, ve sus derechos fundamentales disminuidos o, inclusive, restringidos por completo. Y esta situación atenta contra lo establecido en el artículo 23 de nuestra Constitución Política del Perú, que establece que “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

La Corte Suprema ha emitido reiterados pronunciamientos sobre la materia. A modo de ejemplo, en la Casación Laboral N° 19687-2015-Lima se señaló lo siguiente en su fundamento décimo primero:

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

cuales encubren en los hechos una relación de naturaleza laboral, todo ello con el fin de evadir el pago de sus obligaciones legales.

Por lo tanto, cuando el vínculo del prestador de servicios se declare desnaturalizado, le corresponderá el reconocimiento de los derechos laborales de los que propiamente goza un trabajador formal durante la relación laboral, así como un eventual reintegro de los beneficios laborales de los que se vio privado como consecuencia del fraude en la contratación.

Pues bien, hasta el momento únicamente nos hemos referido a la afectación de los locadores de servicios reflejada en la imposibilidad de percibir los beneficios sociales y laborales que ordinariamente, bajo una verdadera relación laboral, le corresponden. Es decir, lo que debe ser resarcido en forma de «reintegros remunerativos» o «montos indemnizatorios».

Sin embargo, las afectaciones derivadas del fenómeno de la desnaturalización no acaban ahí. Si analizamos más allá de lo «evidente», podemos apreciar que el prestador de servicios ve vulnerado otros derechos fundamentales. Uno de ellos es el derecho a la libertad sindical, el cual analizaremos a continuación.

2.3.1. Libertad sindical individual y positiva

De acuerdo con el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03004-2017-PA/TC, de fecha 11 de enero de 2019, el derecho a la libertad sindical es “definido como la capacidad autodeterminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical, se manifiesta en dos planos: (i) la libertad sindical *intuitu personae*, que comprende, en su faceta positiva, el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos y, en su faceta negativa, el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafiliarse de una organización sindical”. Corresponde, entonces, precisar que la libertad sindical instaura una protección en dos (2) ámbitos diferenciados:

- El primero, relacionado al derecho de un trabajador a formar sindicatos y a afiliarse a los sindicatos existentes.
- El segundo, relacionado con el derecho del trabajador de afiliarse o no a un sindicato.

A nivel nacional, este derecho se encuentra regulado (i) en nuestra Constitución (en su artículo 28); (ii) en la LRCT y su Reglamento; y (iii) en los Convenios de la OIT que gozan de rango constitucional al haber sido ratificados por el Perú (esto es, el Convenio 87, sobre la libertad sindical y la protección de la sindicación y el Convenio 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva). A nivel internacional, la OIT también ha contemplado en sus normas, recomendaciones y diversos pronunciamientos para el desarrollo del referido derecho.

Entonces bien, cuando nos situamos en el supuesto de los “falsos locadores” de servicios, resulta evidente la vulneración a su derecho a la libertad sindical individual positiva, que es el derecho

a constituir o afiliarse a los sindicatos que considere conveniente y de este modo ejercer actividad sindical funcionalmente.

En efecto, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1469-2002-AA/TC, el Tribunal Constitucional señaló que:

Los actos que limiten arbitrariamente cualquier posibilidad de acción en el plano del ejercicio de derechos sindicales, configuran una vulneración al derecho de libertad sindical. Por ejemplo, en el caso de los locadores con vínculo desnaturalizado, su capacidad de obrar en cuanto al ejercicio de sus derechos sindicales se ve limitada al no otorgarles la posibilidad de realizar propiamente «actividad sindical», que implica: asistir y participar activamente de las asambleas, actividades organizadas por el sindicato al que está afiliado, pagar la cuota sindical periódica correspondiente, tener la posibilidad de postular para dirigente sindical o, en su defecto, elegir a los representantes, participar en la negociación colectiva, y todo el universo de posibles beneficios y responsabilidades que asumen los trabajadores sindicalizados.

Así las cosas, la afectación es evidente pues se trata de un “falso locador” que, en realidad, es un trabajador subordinado cuyo vínculo se encuentra desnaturalizado. Sin perjuicio de lo anterior, cabe preguntarnos, ¿se trata de una vulneración absoluta o relativa?

Para dar respuesta a la interrogante antes planteada, corresponde remitirnos al artículo 2 del Convenio 87 de la OIT antes mencionado, que dice lo siguiente:

Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Cuando el artículo señala “sin ninguna distinción”, únicamente está abriendo camino a la posibilidad de que todos los trabajadores -esto es, tanto dependientes como independientes, categoría dentro de la cual entran los prestadores de servicios- tengan la posibilidad de afiliarse a las organizaciones sindicales que hayan sido constituidas en el centro de trabajo donde se presta el servicio.

Sin embargo, existen matices. Así, en aplicación del artículo 3 del mismo convenio, se entiende que, a efectos de analizar si un trabajador independiente tiene realmente la opción de afiliarse a un sindicato de la empresa, hay que remitirnos a los estatutos de las organizaciones constituidas y evaluar si admiten o no la afiliación de trabajadores independientes, al señalarse lo siguiente:

Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. (...)

En la misma línea, una eventual exclusión de estos trabajadores no resultaría, *per se*, lesivo a la libertad sindical de los locadores de servicios, pues es una manifestación válida de la libertad de reglamentación interna que tiene toda organización sindical y que se entiende como la potestad y facultad de los sindicatos de autorregular sus intereses colectivos en virtud de la autonomía que les es conferida. Ello implica, naturalmente, prever el ámbito de aplicación subjetivo de los convenios que suscriben con el empleador sin ningún tipo de injerencia externa y dentro de los límites del orden público.

En la doctrina comparada española, la situación de los locadores de servicios puede asimilarse a la de los trabajadores «autónomos» o «semiautónomos». Así, el artículo 3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical prescribe que los autónomos sin trabajadores a su servicio podrán afiliarse a las organizaciones sindicales. Lo mismo ocurre con los trabajadores semiautónomos, que de acuerdo con Ojeda (2000), se definen como trabajadores que mantienen una relación jurídica mercantil con un tercero, entendido como una empresa empleadora.

García Murcia (citado por Roqueta, 2012, p. 15) señala que “el trabajador autónomo, como cualquier afiliado, podrá ejercitar el derecho de libertad sindical ad intra como cauce de participación interna y como facultad de uso de los medios acumulados por la organización sindical”.

Esto mismo ha sido reconocido por el Tribunal Español en la Sentencia N° 98/1985 al señalar que:

Si se parte de la idea válida de que el sindicato, en cuanto sujeto de la libertad de sindicación, se justifica primordialmente por el ejercicio de la actividad sindical, y que ésta se caracteriza por la existencia de otra parte ligada al titular del derecho por una relación de servicios y frente a la que se ejercita, siendo su expresión una serie de derechos como los de huelga, de negociación colectiva y de conflicto (reconocidos por los arts. 28.2, 37.1 y 37.2 de la CE), que no podría ejercer un sindicato de trabajadores autónomos, no hay motivo para considerar carente de fundamento razonable una regulación que en último término orienta el derecho de los trabajadores autónomos para defender sus intereses o hacia su integración en los sindicatos de trabajadores o, como hemos visto, hacia la constitución de «asociaciones al amparo de la legislación específica, reconociéndose un derecho que también deriva directamente de la Constitución (art. 22) y está dotado de igual grado de protección y de idéntica autonomía que el derecho de asociación sindical (Fundamentos jurídicos, párrafo 9).

Ahora bien, con respecto a los locadores de servicio en su condición de “trabajadores no dependientes/independientes” el artículo 6 de la LRCT establece lo siguiente: “Las organizaciones de trabajadores no dependientes de una relación de trabajo se regirán por lo dispuesto en la presente norma, en lo que les sea aplicable.”

Dicha norma implica, aun cuando no expresamente, un reconocimiento formal del derecho de afiliación de los locadores de servicio y la posibilidad de constituir organizaciones sindicales de trabajadores independientes, con lo cual, en principio, garantizaría el ejercicio de su libertad sindical.

No obstante, dicho reconocimiento legal (formal) no supone, necesariamente, la protección efectiva (material) en el ejercicio de su derecho, dada la situación de precariedad en la que se encuentra. Así, estos trabajadores son contratados bajo contratos civiles que, a diferencia de los contratos laborales, no garantizan estabilidad ni protección frente a posibles represalias como consecuencia del ejercicio de derechos colectivos, como la afiliación o creación de una organización de trabajadores con el propósito de representar sus derechos e intereses colectivos.

Cabe precisar, además, que al ser contratados bajo un contrato civil y no uno laboral, no gozan de un vínculo indefinido sino temporal y están sujetos a renovación de acuerdo a la necesidad del contratante. De este modo, existe un riesgo latente de que, al ejercer su derecho a la “afiliación sindical”, ello pueda afectar la renovación del contrato de locación de servicios.

Esta situación es precisamente algo que diferencia a los locadores de servicios de los trabajadores dependientes que se encuentran contratados bajo un contrato de naturaleza laboral (por regla general, indefinido) y, en consecuencia, protegidos contra el despido arbitrario o nulo (precisamente, cuando se da como consecuencia del ejercicio del derecho a la libertad sindical), etc.

En suma, aun cuando la ley reconoce la posibilidad de que los trabajadores independientes formen organizaciones de trabajadores independientes, la ausencia de una relación laboral los expone inevitablemente a situaciones de precariedad y vulnerabilidad, reduciendo la posibilidad de que este derecho se ejerza en la práctica sin represalias.

Inclusive, aun cuando los trabajadores independientes logren organizarse sindicalmente, cabe resaltar que, de igual manera, no estarían facultados a afiliarse a sindicatos de trabajadores dependientes, salvo que el Estatuto de dichos sindicatos contemple dicha posibilidad, lo que no suele ocurrir en la práctica. Ello evidencia claramente las limitaciones a las que se enfrentan dichos trabajadores respecto al ejercicio efectivo de su derecho a la libertad sindical, sin perjuicio de su reconocimiento a nivel legal (formal). (Montero, 2019)

Distinta es la situación de los trabajadores subordinados (servidores públicos) contratados bajo la modalidad de Contratación Administrativa de Servicios (“CAS”) respecto de los cuales se determina en sede judicial la desnaturalización de sus contratos administrativos y se reconoce su pertenencia al régimen de la LPCL.

Así, en el caso de dichos trabajadores, desde el 06 de abril del 2012, se reconoce a nivel legal la posibilidad de afiliarse a las organizaciones sindicales (cualquiera de ellas). En efecto, el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1057, modificado por el artículo 2 de la Ley N° 29849, publicada el 06 abril de 2012, otorga al trabajador el derecho “a la libertad sindical, ejercitada conforme a lo establecido en

el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo 010-2003-TR, y normas reglamentarias.”

En consecuencia, respecto de estos trabajadores la jurisprudencia se ha decantado por negar el otorgamiento de los beneficios colectivos -claro está, de un sindicato minoritario- en el supuesto de que el trabajador no haya acreditado una intención de afiliación.

A modo de ejemplo, la Casación Laboral N° 4358-2019-Lima ha señalado lo siguiente en su fundamento décimo:

(...) Podemos apreciar que los trabajadores del régimen de la contratación administrativa de servicios a partir de la fecha de publicación de la norma referida, quedaron habilitados para afiliarse al sindicato de su preferencia dentro de una entidad pública.

Ahora bien, para el caso que no ocupa el actor tuvo la posibilidad de ejercer su derecho de libertad sindical y afiliarse al sindicato de su elección para así percibir los beneficios convencionales correspondientes; sin embargo, no ejerció dicha prerrogativa y se mantuvo como un trabajador común. Escenario que nos lleva a determinar, que al no pertenecer a ninguna organización sindical no tiene derecho a percibir los beneficios que ahora reclama, máxime si omitió su afiliación pese a que tuvo oportunidad de hacerlo (el énfasis es nuestro).

Por otro lado, la Casación Laboral N°. 7481-2019-Lima también emitió un interesante pronunciamiento sobre el particular en su fundamento décimo primero y décimo segundo:

(...) no se aprecia una decisión voluntaria de la actora de afiliarse a algún Sindicato. Asimismo, la recurrente no ha desplegado medio probatorio alguno que demuestre alguna intención de desarrollar actividad sindical y que este derecho se haya visto negado y restringido por parte de su empleador, hecho que evidentemente perjudicaría su situación laboral, lo cual no ha ocurrido en el caso de autos.

(...) no desplegó intención alguna para ejercer su derecho sindical, por lo que pretender el reconocimiento y pago de beneficios sindicales derivados de convenios colectivos celebrados entre la demandada y SOMUSS (...) constituye una pretensión alejada de la naturaleza y finalidad del derecho de sindicalización (...).

Cabe señalar que, aun cuando resulte criticable que en la práctica pueda ser materialmente imposible que dichos trabajadores se afilien a las organizaciones sindicales a razón de la precariedad de dicho régimen que, hasta el 2021, se caracterizaba por su falta de estabilidad laboral y/o falta de

permanencia en el trabajo¹¹, criterios similares han sido recogidos en la jurisprudencia respecto de la carga probatoria que tienen este tipo de trabajadores de acreditar la intención de afiliarse a un sindicato minoritario (o su condición de afiliado) a efectos de que le corresponda percibir dichos beneficios. Claro está -y al igual que ocurre con el caso de los locadores de servicios- que respecto del otorgamiento de los beneficios colectivos de un sindicato mayoritario no hay mayor inconveniente, por las razones que desarrollaremos más adelante.

Al respecto, cabría preguntarnos si este criterio puede extenderse a los casos en los que se determine la desnaturalización de los contratos del “falso locador”. Particularmente, somos de la opinión de que no resultaría posible dado que estamos ante dos escenarios diferentes. Así, a diferencia de los trabajadores CAS, los locadores de servicios no tienen a su favor un marco legal que expresamente les habilite la opción de ejercer su derecho a la libertad sindical para afiliarse a sindicatos de trabajadores dependientes y, aun cuando cuentan con una habilitación formal para crear y afiliarse a sindicatos de trabajadores independientes, materialmente el ejercicio efectivo de dicho derecho se encuentra mermado debido a la precariedad de su contratación (situación que, en el caso concreto, también podría predicarse de los trabajadores CAS). De este modo, al no encontrarse facultados para afiliarse a un sindicato de trabajadores dependientes, salvo que el Estatuto contemple dicha posibilidad expresamente, consideramos que revisten de una imposibilidad formal de afiliación, lo que los coloca en una situación de mayor vulnerabilidad, por lo que no parece acertado extender a dichos trabajadores las reglas y criterios de un régimen laboral distinto al que les corresponde.

Adicionalmente, no parece acertado medir la intención de afiliación de un locador de servicio con vínculo desnaturalizado a un sindicato de trabajadores dependientes en atención a actuaciones que hubiese podido desplegar para afiliarse o formar un sindicato de trabajadores dependientes, pues revisten de garantías diferentes y, en la práctica, no es usual encontrar este tipo de sindicato.

¹¹ La Ley N° 31131, promulgada en marzo de 2021, estableció que los contratos CAS vigentes a esa fecha se consideraran de plazo indeterminado. Esa misma ley permite la contratación temporal bajo el régimen CAS en casos específicos.

Capítulo III

Sobre las problemáticas que presenta la postura asumida por el VIII Pleno

3.1. Primera problemática: naturaleza jurídica de la medida adoptada por el VIII Pleno

Tras haber abordado el contexto y las principales instituciones jurídicas relacionadas con el VIII Pleno, conviene preguntarnos por la naturaleza jurídica de la medida adoptada por el mismo, esto es, el título bajo el cual serían otorgados los beneficios del convenio colectivo del sindicato de elección del locador con vínculo desnaturalizado.

Como veremos, este análisis no es intrascendente, sino que merece especial atención al momento de resolver distintas problemáticas y determinar su aplicación a diversas situaciones que no fueron advertidas por el VIII Pleno y las consecuencias que de ello se derivan.

3.1.1. Posibles posturas a asumirse

3.1.1.1. A título de reintegro. Una de las posibles posturas a asumir al momento de determinar la naturaleza jurídica o el título bajo el cual se pretende la extensión de los beneficios pactados en los convenios colectivos a locadores con vínculo desnaturalizado es la de su otorgamiento a título de “reintegro”.

El verbo “reintegrar” es un término polisémico, sin embargo, para efectos del presente trabajo de investigación la definición a utilizarse será la tercera definición empleada por el Diccionario de la Real Academia Española (“DRAE”): “Recobrase enteramente de lo que se había perdido, o dejado de poseer”. En esos términos, para que algo pueda ser “reintegrado”, es necesario que de manera previa se haya tenido derecho a aquello que es materia del reintegro.

En ese sentido, si asumimos que los beneficios del convenio colectivo que percibirá el locador con vínculo desnaturalizado son otorgados a título de “reintegro”, estaremos reconociendo que el “ahora” trabajador tuvo derecho a los mismos desde antes que la relación o vínculo laboral haya sido reconocida en sede judicial.

Ahora bien, debemos recordar que el VIII Pleno nos coloca en un escenario en el cual el locador con vínculo desnaturalizado podrá escoger libremente el sindicato cuyo convenio colectivo será de aplicación.

Así, si escogiese el sindicato mayoritario no habría mayor discusión pues sus convenios colectivos resultan de aplicación a la totalidad de trabajadores, sin importar si estaban afiliados o no, de manera que resulta lógico que se le reintegre todos aquellos beneficios de los que habría gozado desde el inicio de la relación laboral si su vínculo no hubiese estado encubierto mediante su contratación fraudulenta bajo una locación de servicios.

En efecto, el artículo 9 de la LRCT señala lo siguiente:

Artículo 9.- En materia de negociación colectiva, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos, aunque no se encuentren afiliados.

De existir varios sindicatos dentro de un mismo ámbito, podrán ejercer conjuntamente la representación de la totalidad de los trabajadores los sindicatos que afilien en conjunto a más de la mitad de ellos (...)

Es por ello que, en este caso, lo que ocurre es el reconocimiento del derecho de los trabajadores a beneficiarse de los convenios colectivos de los sindicatos mayoritarios, como consecuencia del modelo de negociación colectiva que sigue el criterio de representatividad sindical. No obstante, ello, debemos tener presente que este reconocimiento no implica la reparación *per se* en virtud de la vulneración del derecho a la libertad sindical del trabajador ocasionada en virtud de la contratación fraudulenta, dado que se trata de dos cosas distintas.

Sin embargo, en el supuesto en que el locador con vínculo desnaturalizado escogiese un sindicato minoritario, para que los beneficios del convenio colectivo sean aplicados retroactivamente sería necesario que opere una suerte de “presunción” de afiliación por parte del locador, previa al reconocimiento del vínculo laboral en sede judicial.

Efectivamente, tratándose de sindicatos minoritarios es necesario que el trabajador haya ejercitado su derecho de afiliación y de negociación colectiva para ser acreedor del derecho que será materia de reintegro (beneficios colectivos pactados en el convenio de un sindicato minoritario).

Así, el artículo 28 de la Constitución Política del Perú reconoce los derechos colectivos de los trabajadores: sindicación, negociación colectiva y huelga. Asimismo, precisa que el derecho de “convención colectiva tiene fuerza en el ámbito de lo concertado”.

Adicionalmente, de la lectura sistemática de la LRCT se desprende que, tratándose de sindicatos que no representen a la mayoría de trabajadores su eficacia será limitada (es decir, con efectos únicamente sobre los trabajadores afiliados a este). A modo de ejemplo, nos remitimos al artículo 9 previamente citado, así como a los artículos 42 y 46 que señalan lo siguiente:

Artículo 42.- La convención colectiva de trabajo tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron. Obliga a éstas, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad a las empresas comprendidas en la misma, con excepción de quienes ocupan puestos de dirección o desempeñan cargos de confianza.

Artículo 46.- Para que el producto de una negociación colectiva por rama de actividad o gremio tenga efectos generales para todos los trabajadores del ámbito, se requiere que la organización

sindical u organizaciones sindicales representen a la mayoría de las empresas y trabajadores de la actividad o gremio respectivo, en el ámbito local, regional o nacional, y que sean convocadas, directa o indirectamente, todas las empresas respectivas.

En caso no se cumplan los requisitos de mayoría señalados en el párrafo anterior, el producto de la negociación colectiva, sea convenio o laudo arbitral, o excepcional por resolución administrativa, tiene una eficacia limitada a los trabajadores afiliados a la organización u organizaciones sindicales correspondientes. De existir un nivel de negociación en determinada rama de actividad ésta mantendrá su vigencia.

De este modo queda acreditado que para que pueda afirmarse que un trabajador tenía derecho a los beneficios pactados en un convenio colectivo de algún sindicato minoritario (y, por ende, a solicitar el reintegro de los mismos), se requiere partir de la presunción que el trabajador ejercitó previamente su derecho de afiliación a dicho sindicato.

Así, en el caso del otorgamiento de los beneficios del convenio colectivo a título de reintegro, estaríamos ante la existencia de una presunción de afiliación en sentido estricto: una presunción absoluta. Es decir, el VIII Pleno estaría creando una ficción “legal” mediante la cual el trabajador se habría afiliado (pese a que en los hechos no haya sido así).

Ahora bien, la diferencia fundamental con respecto al reconocimiento de la medida a título de indemnización radica en la importancia que juega el daño en este supuesto.

El otorgamiento de los beneficios colectivos a título de “reintegro” si bien supondría la existencia de un daño visto desde una perspectiva general por la mera utilización de medios de contratación fraudulentos, no supone su comprobación individual efectiva (cuestión que sí resulta indispensable en el caso de su otorgamiento a título de indemnización).

Es en esa línea que la presunción de afiliación operaría de manera absoluta (*iure et de iure*), es decir, sin admitir prueba en contrario, ya que dicha posibilidad no ha sido admitida por el VIII Pleno.

En ese sentido, es evidente que la postura planteada por el Pleno respecto de la posibilidad del locador de elegir la percepción de los beneficios de un sindicato minoritario genera una serie de problemas prácticos.

Por un lado, una posible “salida” podría ser imponer una presunción absoluta de afiliación respecto de todos los locadores de servicios que se encuentran en la misma situación, pese a que, en los hechos, no podemos saber si el trabajador, en efecto, se hubiera afiliado o no. Ello no solo atenta contra el principio de primacía de la realidad, sino que, inclusive, una eventual crítica que podría surgir de la adopción de esta postura sería que las presunciones absolutas requieren de un reconocimiento legal expreso, como lo establece el artículo 278 del Código Procesal Civil, ello en virtud de tratarse de una medida restrictiva de derechos, que afecta el derecho de la otra parte de probar en contrario.

Por otro lado, podría argumentarse que corresponde a los locadores de servicios probar que, durante su contratación, tuvieron la *intención* de afiliarse a dicho sindicato (similar a la carga probatoria de los trabajadores CAS), con lo cual, estaríamos ante una presunción relativa de afiliación a cargo del locador. No obstante, y como desarrollamos en apartados anteriores, somos de la opinión de que exigir una intención o manifestación mínima de desarrollo de actividad sindical por parte de estos trabajadores para el reconocimiento de los beneficios colectivos correspondientes implicaría imponer una carga excesiva al trabajador y de muy difícil probanza en sede judicial, motivo por el cual tampoco parece ser una solución adecuada.

Al respecto, consideramos que bajo esta postura (otorgamiento a título de reintegro), los convenios colectivos que deben aplicarse a los locadores con vínculo desnaturalizado son únicamente los del sindicato mayoritario por cuanto solo respecto a estos se puede afirmar con certeza que el locador los hubiese percibido si se hubiese contratado conforme a ley desde un principio, por lo que - en efecto - corresponde su reintegro.

Por el contrario, no resulta válido establecer en sede judicial una presunción de afiliación a un sindicato minoritario. En caso el locador con vínculo desnaturalizado mantuviese su relación laboral y optase por afiliarse a un sindicato minoritario, los beneficios del convenio colectivo deberán aplicarse *a posteriori* y no en forma retroactiva pues, en dicho caso no solo se estaría estableciendo una presunción absoluta en sede judicial, sino que además se estarían afectando los derechos del sindicato minoritario, por cuanto se harían extensivos los beneficios de un convenio pensados únicamente para sus afiliados, es decir, aquellos que cumplen con aportar al sindicato con sus cuotas sindicales y el resto de sus responsabilidades/obligaciones colectivas (i.e. suspender sus labores en caso de huelga, entre otros).

Finalmente, debe tenerse presente que el reconocimiento de los beneficios colectivos a título de reintegro también impacta en el cálculo de los beneficios sociales, pues, en cuanto gocen de carácter remunerativo y cumplan con el criterio de regularidad, deberán ser computados para el reintegro de estos últimos.

De este modo, permitir que el locador con vínculo desnaturalizado (que no continúa con el vínculo laboral) escoja libremente el sindicato cuyos beneficios del convenio colectivo le serán aplicados afecta sustancialmente la seguridad jurídica, por cuanto no sería posible prever el impacto económico de esta medida.

De lo contrario, sería previsible que los locadores con vínculo desnaturalizado, específicamente aquellos que ya no continúan laborando para el empleador, escogerán el sindicato del convenio colectivo que les resulte más beneficioso económicamente, pese a que probablemente nunca hayan tenido la intención de afiliarse a dicho sindicato durante su relación con el empleador.

3.1.1.2. A título de indemnización. Otra de las posibles posturas a asumirse en cuanto a la naturaleza jurídica que justifica la extensión de los beneficios de un convenio colectivo a un locador con vínculo desnaturalizado es la de su otorgamiento a título de indemnización.

Esta postura presupone el cumplimiento de todos los elementos de la responsabilidad civil: antijuricidad, daño causado, relación de causalidad y factor de atribución. En ese sentido, para que pueda sostenerse -válidamente- el otorgamiento de beneficios colectivos al trabajador demandante a título de indemnización, deberá acreditarse, necesariamente, la existencia conjunta de los cuatro elementos antes mencionados. Basta que falte uno de ellos, para que no se ampare una pretensión de indemnización por daños y perjuicios en el marco de un proceso judicial.

Un análisis del VIII Pleno, desde el punto de vista de esta teoría, partiría por identificar el daño (elemento principal de la responsabilidad civil) que justificaría la extensión de los beneficios del convenio colectivo a título de indemnización.

Tal como lo desarrollamos en el capítulo anterior, la doctrina peruana define al daño como la lesión a un interés jurídicamente protegido que genera consecuencias negativas en la esfera jurídica de una persona. Pues bien, para que dicho daño pueda ser resarcido en el marco de la responsabilidad civil contractual prevista en el ordenamiento peruano, el artículo 1321 del Código Civil establece lo siguiente:

Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución. (énfasis agregado)

De este modo, podría sostenerse que el daño se manifiesta con la afectación del locador con vínculo desnaturalizado de poder ejercer válidamente su derecho de afiliación. Veamos:

El VIII Pleno hace referencia a la “imposibilidad” del falso locador de afiliarse a *cualquiera* de los sindicatos existentes en la organización empresarial (entiéndase, mayoritarios o minoritarios). Así, podría sostenerse que el hecho de que la empresa haya incurrido en una contratación fraudulenta y que con ello haya imposibilitado al locador con vínculo desnaturalizado a ejercer su derecho de afiliación, habilitaría al afectado a solicitar una indemnización por el daño generado (entiéndase el daño, precisamente, al no haber podido ejercer su derecho de afiliación sindical como correspondía).

Sin embargo, la medida adoptada por el VIII Pleno ni siquiera se coloca en la situación particular de cada trabajador, sino que adopta una fórmula genérica para el otorgamiento de los referidos beneficios.

A nuestro juicio, para que pudiese sostenerse válidamente esta postura sería necesario que, a fin de estimar el otorgamiento o no de los beneficios pactados en el convenio colectivo, se realice un análisis individual de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil. No resultando suficiente la referencia a un daño en sentido abstracto/genérico, sino que este elemento, así como el resto de los elementos de la responsabilidad civil debería ser efectivamente acreditado.

No obstante, ello no parece desprenderse de la redacción del VIII Pleno el cual no prevé la obligación por parte del locador de probar la existencia del daño ni el resto de los elementos de la responsabilidad civil, ni siquiera de plantear una pretensión indemnizatoria.

Por otro lado, la presente postura también representaría problemas prácticos, como la cuantificación del monto "indemnizatorio", el cual en ningún caso puede ser genérico y abstracto, sino que requiere de una determinación individual en función a la magnitud del daño, con mayor razón si tomamos en cuenta que no puede asimilarse la figura de remuneraciones dejadas de percibir a la indemnización por lucro cesante.

En cualquier caso, queda abierta la posibilidad de solicitar el pago de una indemnización ya sea por lucro cesante o por daño emergente (distinta de la pretensión amparada en virtud del VIII Pleno, por la afectación del derecho a la libertad sindical). No obstante, debemos reiterar que el lucro cesante hace referencia a ganancias efectivas, motivo por el cual dicha probabilidad de ganancia debe encontrar respaldo en circunstancias y hechos objetivos.

Es por ello que no consideramos apropiado que la afectación al derecho a la libertad sindical (entre ellas, el derecho de afiliación) se enmarque bajo la figura del lucro cesante, que requiere de una comprobación objetiva respecto de la ganancia dejada de percibir.

En todo caso, somos de la opinión de que dicha afectación debería ser analizada bajo la figura del "daño moral", en virtud de la posible angustia que puede haber sufrido el trabajador por no poder gozar de mejores condiciones laborales como consecuencia de la vulneración de su derecho constitucional. Ello, sin perjuicio de que, en cualquier caso, sigue siendo exigible que el trabajador acredite efectivamente el daño ocasionado y que este sea cuantificado en sede judicial. Sin embargo, como señalamos, ello es independiente de la medida adoptada por el VIII Pleno, la que no deberá ser analizada a la luz de la responsabilidad civil.

3.1.1.3. Como medida disuasiva. Ahora bien, una tercera alternativa parte por reconocer que la medida adoptada por el VIII Pleno opera como una "medida disuasiva" adoptada por el Poder Judicial para desincentivar la utilización indebida de contratos de locación de servicios.

Así, a diferencia de su otorgamiento a título de reintegro o de indemnización, el otorgamiento de los incrementos colectivos a favor de locadores con vínculo desnaturalizado no debe ser visto tanto como un resarcimiento al trabajador por la vulneración a su derecho de afiliación ni como el

otorgamiento de algo a lo que el locador tenía derecho, sino más bien como una suerte de sanción al empleador por la utilización de medios de contratación fraudulentos.

Al respecto, somos de la idea que no corresponde al poder judicial adjudicarse la implementación de políticas disuasivas que son competencia exclusiva del Poder Ejecutivo y/o Legislativo. Estas políticas deben ser aplicadas únicamente después de un exhaustivo estudio de su impacto económico, tomando en consideración una serie de variables que no han sido contempladas en el VIII Pleno (tales como el impacto social y económico de la medida). Es importante recordar que la imposición de sanciones a los empleadores podría desincentivar la formalización, por lo que es crucial adoptar este tipo de medidas con precaución.

Sin perjuicio de lo anterior, una eventual crítica ante dicha postura podría surgir a raíz de que ello no responde a un fundamento jurídico como tal para el otorgamiento de los beneficios colectivos a favor del falso locador.

3.2. Segunda problemática: la posibilidad del falso locador de escoger libremente el sindicato cuyos convenios colectivos le serán de aplicación

Una segunda contingencia que no fue advertida por el VIII Pleno guarda relación en torno a la posibilidad del locador con vínculo desnaturalizado de escoger el sindicato cuyos convenios colectivos serán de aplicación a su absoluta discrecionalidad. Como se vio, el VIII Pleno regula las siguientes posibilidades:

En caso el trabajador siga laborando para el empleador, deberá decidir a qué sindicato se afiliará, a fin de determinar qué convenios y/o laudos arbitrales le puedan corresponder.

En caso el trabajador ya no continúe laborando para el empleador, se le deberá reconocer todos los beneficios laborales pactados en convenios colectivos y/o laudos arbitrales suscritos por el sindicato que escoja.

Respecto al primer punto, no surge contingencia alguna puesto que, el convenio o los colectivos de aplicación serán aquellos que le correspondan como consecuencia de su afiliación a determinado sindicato. Cabe precisar que para que dicha afiliación sea exitosa, deberá cumplir necesariamente con todos los requisitos que fueran exigidos por el sindicato en su estatuto.

En ese sentido, el VIII Pleno es claro al precisar que el trabajador primero deberá escoger el sindicato al que se afiliará (para lo cual deberá cumplir determinados requisitos) y, una vez hecho ello, recién se determinarán los convenios colectivos que le puedan corresponder, de manera que no habrá manera de que exista incompatibilidad entre estos y el trabajador.

Sin embargo, distinto es el caso del segundo supuesto. En efecto, el problema surge respecto de aquellos trabajadores cuyo vínculo laboral ha sido reconocido con posterioridad al cese, en cuyo

caso el VIII Pleno otorga absoluta discrecionalidad al trabajador de escoger el sindicato cuyos convenios colectivos (todos ellos) resultarán de aplicación, ello sin detenerse a pensar en las incompatibilidades que de esa decisión pudieran surgir.

Claro está que, si el trabajador escoge el sindicato mayoritario, dicha decisión no representará ningún problema, ello en la medida que los convenios colectivos suscritos por este son de aplicación *erga omnes*. El VIII Pleno parece limitarse a esta posibilidad sin tomar en consideración que los posibles escenarios son diversos.

Como se verá a continuación, las consecuencias serían muy distintas en caso el trabajador escoja un sindicato que no es mayoritario y, lo que es peor, que pudiese resultar incompatible con la propia naturaleza del puesto que ostentaba el locador con vínculo desnaturalizado.

Por ejemplo, imaginemos el caso de un locador - cuyo vínculo laboral ha sido reconocido judicialmente y con posterioridad al cese - que ostentaba un cargo administrativo dentro de la empresa y que decide que se le apliquen los convenios de un sindicato de obreros.

Como se ve, en este caso existe una evidente incompatibilidad entre la naturaleza del puesto del trabajador y los beneficios del convenio colectivo que pretende que se le apliquen.

Claro está que si el trabajador continuara trabajando para el empleador no existiría manera de que percibiera los beneficios pactados en convenios colectivos que por su naturaleza le resultan incompatibles puesto que su afiliación a dicho sindicato no sería viable.

Sin embargo, el Pleno pareciera admitir - o, por lo menos, es lo que se infiere de la redacción utilizada - que dichos convenios que por su naturaleza son incompatibles sean aplicados al trabajador por el solo hecho de haber cesado.

Al respecto, consideramos que admitir esta posibilidad representa un claro acto antisindical puesto que permite extender indebidamente los convenios colectivos de un sindicato que no admitió nunca la posibilidad de afiliación de cierto tipo de trabajadores, pasando por alto lo estipulado por el mismo en su estatuto.

Ahora bien, asumiendo la postura de que el otorgamiento de los beneficios pactados en los convenios colectivos son otorgados a los locadores con vínculo desnaturalizado a título de indemnización, creemos que esta medida adoptada por el VIII Pleno no guarda ningún tipo de relación lógica puesto que, en este caso, la imposibilidad de afiliación no se debería únicamente ni mucho menos principalmente a la contratación fraudulenta por parte del empleador, sino - esencialmente- a la mencionada incompatibilidad, la misma que no podría haber sido superada ni siquiera si hubiera sido reconocido su vínculo laboral desde un principio.

Asimismo, en el caso en que dichos beneficios fuesen otorgados ya no a título de indemnización sino a título de reintegro se presentaría un problema de similar naturaleza pues, aun cuando en dicho supuesto no resulta necesaria la comprobación individual y efectiva del daño al

derecho de afiliación del trabajador en tanto que se partiría de una presunción legal y no un resarcimiento al trabajador, dicha presunción carecería de todo asidero, por cuanto la posibilidad de que el derecho de afiliación se hubiese materializado sería nula.

Así, en este escenario, la única forma de justificar el otorgamiento de los beneficios de convenios colectivos de un sindicato de otro ámbito sería asumir que la medida adoptada por el VIII Pleno responde únicamente a una intención de desincentivar determinada conducta, es decir, como medida disuasiva, lo cual, como señalamos, no es una facultad que le corresponda al Poder Judicial.

En ese sentido, asumiendo como la alternativa más idónea el otorgamiento a título de reintegro, consideramos que el segundo supuesto establecido por el VIII Pleno debió ser redactado en los siguientes términos:

En caso el trabajador ya no continúe laborando para el empleador, se le deberá reconocer todos los beneficios laborales pactados en convenios colectivos y/o laudos arbitrales suscritos por el sindicato que escoja, <<siempre que, éste hubiera podido afiliarse a dicho sindicato de haber contado con vínculo laboral desde un inicio, de conformidad con el ámbito de aplicación del mismo>> (el añadido es nuestro).

Ello, sin perjuicio de las consideraciones respecto a los sindicatos minoritarios antes expuestas.

Asimismo, aún en el caso en que se defendiese la postura del otorgamiento de los beneficios a título de indemnización sería necesario hacer dicha precisión, en tanto que no podríamos justificar la existencia de un presunto daño a un derecho que nunca pudo ser ejercitado (por tratarse de la afiliación a un sindicato fuera del ámbito del locador con vínculo desnaturalizado).

Otro escenario susceptible de análisis es cuando estamos ante “falsos locadores” que pudieron sindicalizarse.

Sobre este punto, cabe señalar que la normativa internacional de la OIT no restringe la posibilidad de que los trabajadores independientes -categoría que incluye a los locadores de servicios- se afilien a las organizaciones sindicales existentes en el centro de labores en el que prestan sus servicios. Así, existe la alternativa (aunque remota) de que los sindicatos tengan previsto en sus estatutos la admisión de trabajadores independientes, en virtud de la prerrogativa de autorregulación que les es atribuida. Esto podemos apreciarlo claramente a nivel de doctrina comparada. A modo de ejemplo, el artículo 3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical de España prescribe que los trabajadores autónomos sin trabajadores a su servicio (figura asimilable a los locadores de servicios) podrán afiliarse a las organizaciones sindicales.

Al respecto, cabe preguntarnos lo siguiente: si se determina que el falso locador tenía a su alcance la posibilidad de afiliarse a los sindicatos constituidos en la empresa en virtud de la redacción de sus estatutos, ¿correspondería otorgar la medida prevista en el VIII Pleno?

Somos de la opinión de que, teniendo la posibilidad real de ejercer su derecho de afiliación, el no haberlo hecho es suficiente para no otorgar los beneficios de los convenios colectivos de la referida organización sindical, pues quedaría claro que el trabajador no tenía intenciones de formar parte de las organizaciones sindicales existentes y, por lo tanto, -sin perjuicio del daño ocasionado por la contratación fraudulenta-, no existe un daño propiamente a la libertad sindical, motivo por el cual no corresponde que sea indemnizado por ello, mucho menos que se le reconozca un reintegro de dichos beneficios. Simplemente, no se cumpliría con el supuesto que recoge el VIII Pleno respecto de la “imposibilidad” de afiliación.



Conclusiones

Se observa un incremento en la contratación bajo la modalidad de “locación de servicios” en los últimos años. Este fenómeno puede atribuirse -en parte- al ahorro que representa para los empleadores, ya que esta modalidad les permite evitar los “sobrecostos” asociados al reconocimiento del vínculo laboral. Esto revela que los locadores con vínculo desnaturalizado se encuentran en una situación de vulnerabilidad respecto a sus derechos fundamentales, dentro de los cuales se encuentra su derecho de afiliación sindical.

En el VIII Pleno se establece como criterio jurisdiccional la extensión de los beneficios pactados en los convenios colectivos a aquellos locadores de servicios que hubieran estado imposibilitados de afiliarse a un sindicato debido a que la existencia de su vínculo laboral fue reconocida posteriormente por vía judicial. Sin embargo, se concluye que este criterio carece de una fundamentación suficiente. Esta falta de fundamentación implica una ausencia de respuesta ante las diversas contingencias que pudieran presentarse, por la afectación a los derechos de terceros o, inclusive, un verdadero acto antisindical.

Se verifica que el VIII Pleno no especifica el título o fundamento jurídico bajo el cual deben ser otorgados los beneficios pactados en los convenios colectivos: a título de indemnización o a título de reintegro. Esta distinción es crucial para establecer una respuesta frente a diversas situaciones y contingencias que puedan surgir.

Si los beneficios son otorgados a título de indemnización es necesario evaluar individualmente el daño, es decir, la afectación efectiva al derecho de afiliación. En este caso se estaría reconociendo los beneficios como reparación por perjuicio sufrido.

En cambio, si se afirma que la medida adoptada por el VIII Pleno parte por reconocer un derecho previo del locador con vínculo desnaturalizado, los beneficios del convenio colectivo se otorgarían a título de reintegro. En este contexto, es fundamental distinguir entre sindicatos minoritarios y mayoritarios. De escogerse un sindicato mayoritario no habría mayor discusión, dados los efectos erga omnes de los convenios colectivos celebrados por dichos sindicatos, en virtud del criterio de mayor representatividad adoptado bajo nuestro modelo de negociación colectiva.

Se concluye que el sustento jurídico para otorgar beneficios de convenios colectivos a título de reintegro en un escenario de pluralidad de sindicatos minoritarios, se basa en la presunción de afiliación por parte del locador. Tal presunción puede ser absoluta o relativa. Una presunción absoluta es cuestionable, ya que para ser válida es necesario su reconocimiento expreso a nivel legal y no

jurisprudencial. Esto se debe a que resulta una medida restrictiva de derechos de la otra parte, en concreto, el derecho a probar en contrario. Por otro lado, una presunción relativa de afiliación, exigiría que el locador acredite cierta “intención” de afiliación. No obstante, se defiende en esta investigación que tal exigencia es excesiva y de muy difícil probanza en sede judicial.

Se infiere, como posibilidad adicional, que el criterio adoptado por el VIII Pleno tiene un propósito disuasivo. Este criterio no busca resarcir o reintegrar al trabajador, sino sancionar al empleador por el uso fraudulento de contratos de locación de servicios y desincentivar esta práctica. Sin embargo, esta medida es cuestionable porque carece de sustento legal y porque excede las competencias que le atañen al Poder Judicial.

Se demuestra que la elección del fundamento jurídico será de vital importancia al momento de determinar si procede o no el otorgamiento de los beneficios pactados en el convenio colectivo a un determinado trabajador, como lo es en el caso de que el trabajador haya estado en la posibilidad real - pese a haber estado contratado bajo la modalidad de locación de servicios - de afiliarse al sindicato, por haber estado prevista dicha posibilidad en el estatuto del mismo (situación que, como hemos mencionado, resulta poco probable en virtud del marco legal previsto en nuestro ordenamiento).

Se observa que el VIII Pleno al otorgar plena libertad al falso locador para elegir el sindicato cuyo convenio colectivo desea que se aplique, no advirtió la posibilidad de que el trabajador no cumpliera los requisitos de afiliación a ese sindicato. En tal caso, dichos beneficios nunca habrían sido percibidos por aquel, incluso si hubiera sido contratado adecuadamente desde un inicio. Esta cuestión también debe ser analizada a la luz del título o fundamento jurídico por los que se otorgan los beneficios.

Referencias

- Ágreda, J. O. ((s.f)). El papel del Estado en la libertad sindical: del clásico intervencionismo a la necesaria autonomía. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Ed.), III Congreso Nacional - Alcances y eficacia del Derecho del Trabajo: tercerización, inspección y derechos colectivos. (pp. 403-414). Editorial Sociedad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Ágreda, J. O. (2019). Algunas consideraciones sobre la responsabilidad del empleador ante daños causados al trabajador. THEMIS Revista De Derecho, 75, 165-186. <https://doi.org/10.18800/themis.201901.013>
- Arévalo, J. (2021). El contrato de trabajo en la legislación peruana vigente. Revista de Derecho Procesal del Trabajo, 3 (3), 13-55. Recuperado a partir de <https://doi.org/10.47308/rdpt.v3i3.2>
- Casación Laboral 7248-2015-Lima (2017, 14 de octubre). Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. (Mac Rae Thays). Recuperado a partir de https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/07/Casacion-laboral-7248-2015-Legis.pe_.pdf
- Casación Laboral 1315-2016-Lima (2017, 18 de enero). Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente (De La Rosa Bedriñana). Recuperado a partir de https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/08/Cas.-Lab.-1315-2016-Lima-Beneficios-sindicales-no-se-extienden-a-los-no-afiliados-legis.pe_.pdf
- Casación Laboral 11477-2013-Callao (2014, 12 de mayo). Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente (Sivina Hurtado). Recuperado a partir de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/03adad00469c20a6adeafdac1e03f85e/Resolucion+011477-2013+Rosa.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=03adad00469c20a6adeafdac1e03f85e>
- Casación Laboral 4115-2015-Lima (2015, 9 de diciembre). Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente (Arévalo Vela).
- Casación Laboral 12855-2014-Callao (2016, 03 de agosto). Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente (De La Rosa Bedriñana). Recuperado a partir de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0bf30e8043d2215f91ac95c9d91bd6ff/012885-2014.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0bf30e8043d2215f91ac95c9d91bd6ff>
- Casación Laboral 16995-2016-Lima (2017, 24 de octubre). Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente (Rodas Ramírez). Recuperado a partir de https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/01/CASACIÓN-N°16995-2016LIMA-LEGIS.PE_.pdf
- Casación Laboral 4007-2018-Lima (2020, 14 de enero). Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente (Arias Lazarte). Recuperado a partir de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/10/Cas.-Lab.-4007-2018-LP.pdf>

- Casación Laboral 1057-2021-Lima (2024, 9 de agosto). Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente (Pinares Silva De Torre).
- Casación Laboral 10178-2021-Lima (2023, 12 de abril). Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente (Bustamante Del Castillo)
- Casación Laboral 19687-2015-Lima (2016, 26 de agosto). Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente (Arévalo Vela). Recuperado a partir de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/06/Cas.-Lab.-19687-2015-Lima-principio-primacia-de-la-realidad-LP.pdf>
- Casación Laboral 4358-2019-Lima (2020, 21 de septiembre). Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente (Ubillus Fortini). Recuperado a partir de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/04/Casacion-4358-2019-Lima-afiliacion-sindicato-cas-LP.pdf>
- Casación Laboral 7481-2019 (2020, 21 de septiembre). Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente (Ubillus Fortini). Recuperado a partir de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/04/Casacion-Laboral-7481-2019-Lima-LP.pdf>
- Casación 3499-2015-La Libertad (2016, 05 de abril) Sala Civil Permanente (Rodríguez Chavez). Recuperado a partir de https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/12/Casacion-3499-2015-La-Libertad-Cuando-sea-dificil-cuantificar-lucro-cesante-juez-debe-aplicar-equidad-y-reglas-de-la-experiencia-Legis.pe_.pdf
- Casación Laboral 23470-2018-La Libertad (2021, 16 de setiembre). Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente (Arévalo Vela). Recuperado a partir de https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/CASACIÓN%20LABORAL%2023470-2018-LA%20LIBERTAD_LALEY.pdf
- Fajardo, M. (2016). La Presunción de Laboralidad en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. *Derecho & Sociedad*, 46, 333-340. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18855>
- García, J. C. (2019). Configuración, prueba y cuantificación del lucro cesante. *Derecho y Cambio Social*, 58, 188-224. Recuperado a partir de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7075618>
- Leon, L. L. (2004). *La responsabilidad civil: Líneas Fundamentales y nuevas Perspectivas*. Editora Normas Legales.
- Mendives, L. (2020, septiembre 8). Desnaturalización de la locación de servicios: Alcances y efectos. *Cárcamo Abogados*. Recuperado a partir de https://www.carcamoabogados.com/blog_ver.php?id_blog=57

- Mella, L. (2013). La responsabilidad civil por daños en el contrato de trabajo. En Ediciones Cinca (Ed.), La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales: XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (pp. 161-254). Ediciones Cinca.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2016). Anuario Estadístico Sectorial 2016. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Recuperado a partir de <https://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/anuarios-estadisticos/>
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2017). Anuario Estadístico Sectorial 2017. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Recuperado a partir de <https://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/anuarios-estadisticos/>
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2018). Anuario Estadístico Sectorial 2018. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Recuperado a partir de <https://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/anuarios-estadisticos/>
- Montero, C. O. (2019). La reparación por la afectación al derecho a la libertad sindical en el caso de locadores de servicio con vínculo desnaturalizado (Tesis de titulación). Pontificia Universidad Católica del Perú. Repositorio Institucional PUCP, <https://tesis.pucp.edu.pe/items/877047eb-c7de-472f-9992-7a5895387442>
- Ojeda, A. (2000). La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos. IUS ET VERITAS, 10 (20), 302-311. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15939>
- Organización Internacional del Trabajo. (1951). Recomendación sobre los contratos colectivos N° 91. Recuperado a partir de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R091
- Organización Internacional del Trabajo. (s.f.). Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical. Recuperado a partir de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO:70002:P70002_HIER_ELEMENT_ID,P70002_HIER_LEVEL:3948778,2
- Osterling, F. y Castillo. M (2003). Tratado de las Obligaciones. Fondo Editorial.
- Pacheco, L. (2012). Los elementos esenciales del contrato de trabajo. Revista de Derecho, 13, 29-54. Recuperado a partir de <https://hdl.handle.net/11042/2663>
- Paredes, P. (2011). Cuando la generosidad del empleador viola la libertad sindical: un caso de discriminación laboral por acción indirecta. Derecho & Sociedad, 37, 196-199. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13172>

- Privat, M. (2016). Parámetros de legitimidad y capacidad para la negociación colectiva a nivel de empresa. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Boletín 67. Recuperado a partir de https://www2.trabajo.gob.pe/archivos/boletin/bvice/Boletin_67_191016.pdf
- Roqueta, R. (2012) Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. Los acuerdos de interés profesional. *Temas Laborales*, 114, 13-30.
- Sanguinetti, W. (2007). La presunción de laboralidad. ¿Anacronismo Jurídico o pieza clave para la recuperación de la eficacia del derecho del trabajo en el Perú? *Revista Oficial del Poder Judicial*, 1 (1), 325-340. Recuperado a partir de <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/105/170>
- Taboada, L. (2003). Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual. Editora Jurídica Grijley.
- Toyama, J. (2015). El derecho individual del trabajo en el Perú. Editorial Gaceta Jurídica.
- Toyama, J. L. y Vinatea, L. M. (2017). ¿Qué es la primacía de la realidad? *Revista Gaceta Laboral*, 1, 1–28. Recuperado a partir de <http://gacetalaboral.com/que-es-la-primacia-de-la-realidad/>
- Toyama, J. L. y Torres, A. (2017). Extensión de los Convenios Colectivos de Trabajo y Sindicatos Minoritarios. *IUS ET VERITAS*, 55, 284-302. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201703.017>
- Tribunal Constitucional. (2005). Expediente N° 008-2005-PI/TC. Lima: 12 de agosto, 2005. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>
- Villavicencio, A. (2010). La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación. Editorial PLADES.