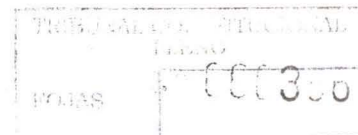




TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02111-2010-PA/TC

LIMA

SINDICATO UNIFICADO DE
TRABAJADORES DE LA ELECTRICIDAD Y
ACTIVIDADES CONEXAS DE LIMA Y
CALLAO (SUTREL)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de enero de 2012, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Urviola Hani, Mesía Ramírez y Eto Cruz, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por el Sindicato Unificado de Trabajadores de la Electricidad y Actividades Conexas de Lima y Callao (SUTREL) contra la resolución de fecha 30 de noviembre de 2009, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos.

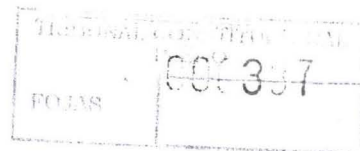
ANTECEDENTES

Con fecha 7 de octubre de 2008, el Sindicato Unificado de Trabajadores de la Electricidad y Actividades Conexas de Lima y Callao (SUTREL) interpone demanda de amparo contra la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte - EDELNOR S.A.A. y contra la Compañía Americana de Multiservicios Perú - CAM PERÚ S.R.L., solicitando que se reconozca la relación laboral de sus afiliados con la primera de las mencionadas, el cumplimiento de las conclusiones de la investigación de la Autoridad Administrativa de Trabajo que ordena el pase a las planillas de dicha empresa, así como el pago de los beneficios vigentes en la misma, alegando la violación de sus derechos al trabajo, a la igualdad y a la no discriminación, a la asociación y a la libertad sindical individual y colectiva.

Refiere el sindicato accionante que, desde el mes de mayo del año 2000, la empresa concesionaria EDELNOR S.A.A., del grupo empresarial Endesa, ha venido desplazando ilegalmente parte de sus funciones y áreas de trabajo a una supuesta subsidiaria y contratista denominada CAM PERÚ S.R.L., la cual también pertenece a dicho grupo empresarial. Al respecto, indica que ante el aumento de las áreas y el personal desplazados, decidieron conformar una sección sindical del SUTREL en la empresa CAM PERÚ S.R.L., la misma que ésta se negó a reconocer, oponiéndose a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02111-2010-PA/TC

LIMA

SINDICATO UNIFICADO DE
TRABAJADORES DE LA ELECTRICIDAD Y
ACTIVIDADES CONEXAS DE LIMA Y
CALLAO (SUTREL)

otorgar permisos a los delegados, a efectuar los descuentos sindicales, a participar en las negociaciones colectivas, entre otras afectaciones a la libertad sindical, bajo el argumento de que la referida empresa no pertenecía al sector eléctrico, lo cual fue reiteradamente admitido por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

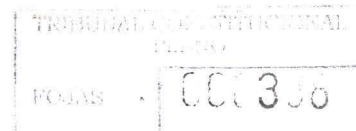
Menciona, asimismo, que con fecha 27 de noviembre de 2007, la Autoridad Administrativa de Trabajo, luego de una inspección realizada en la empresa CAM PERÚ S.R.L., emitió el Informe de Investigación N.º 13577-2007-MTPE/2/12.3, a través del cual constató la existencia de fundados elementos que demostraban la existencia de una desnaturalización en la tercerización de servicios establecida entre CAM PERÚ y EDELNOR, concluyendo que era de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 4-B del Decreto Supremo N.º 003-2002-TR, Norma que establece disposiciones para la aplicación de las Leyes N.º 27626 y 27696 (Leyes que regulan la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores) -agregado por el Decreto Supremo N.º 020-2007-TR-, el cual señala que cuando la contratación de servicios implica una simple provisión de personal, ello ocasiona que los trabajadores desplazados tengan una relación de trabajo directa con la empresa principal.

Del mismo modo, señala que, como consecuencia de una inspección similar llevada a cabo en la empresa EDELNOR S.A.A., la Autoridad Administrativa de Trabajo emitió el Informe N.º 3870-2008-MTPE/2/12.3, su fecha 24 de abril de 2008, en el que verificó nuevamente la existencia de la aludida desnaturalización, concluyendo que la empresa inspeccionada no había cumplido con la medida inspectiva de requerimiento adoptada con fecha 17 de abril de 2008 (registro de trabajadores en planillas y entrega de boletas de pago). Como consecuencia de ello, refiere que la Autoridad Administrativa de Trabajo inició un procedimiento sancionador a la empresa inspeccionada que culminó con el Acta de Infracción N.º 1281-2008-MTPE/2/12.3, a través de la cual se le impuso una multa por haber infringido las normas laborales materia de verificación (registro de trabajadores en planillas y entrega de boletas de pago) respecto de 43 trabajadores.

En atención a todo ello, el sindicato accionante estima que existen suficientes elementos probatorios que demuestran la existencia de un "fraude a la subcontratación" en el presente caso, pese a lo cual la empresa EDELNOR S.A.A. se resiste a cumplir el requerimiento formulado por las autoridades administrativas para que los trabajadores desplazados sean incorporado en las planillas de la empresa principal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02111-2010-PA/TC

LIMA

SINDICATO UNIFICADO DE
TRABAJADORES DE LA ELECTRICIDAD Y
ACTIVIDADES CONEXAS DE LIMA Y
CALLAO (SUTREL)

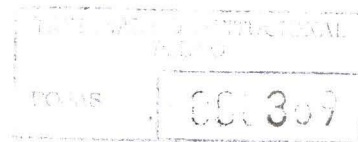
Con fecha 7 de noviembre de 2008, la empresa EDELNOR S.A.A. contesta la demanda, solicitando que la misma sea declarada improcedente o infundada, en la inteligencia de que la misma no reúne los requisitos establecidos en la ley. Sostiene, al respecto, que no se ha cumplido con agotar la vía administrativa previa contra la Resolución Directoral N.º 545-2008-MTPE/2/2.3 emitida por la Autoridad de Inspección (la cual ordena la incorporación a planillas de los trabajadores mencionados en la demanda de amparo), dado que la empresa ha solicitado la nulidad de dicho pronunciamiento por afectar el debido proceso, conforme lo acredita con la documentación pertinente. Asimismo, refiere que la relación de trabajadores cuya incorporación a planillas se pretende en la demanda de amparo (que contiene el nombre de 57 trabajadores) difiere de la relación comprendida, a su vez, en la resolución administrativa emitida por la Autoridad Administrativa de Trabajo (que sólo contempla una lista de 43 trabajadores). En tal sentido, aduce que a través del proceso de amparo no pueden extenderse los efectos de una resolución administrativa, que no es firme ni definitiva, a trabajadores que no formaron parte de la misma. Por último, alega que no ha existido ningún acto de tercerización fraudulenta, como lo sostiene la parte demandante, dado que ésta ha reconocido la plena validez de la relación laboral entablada con CAM PERÚ S.R.L. al haber tenido una activa participación sindical en dicha empresa.

Con fecha 29 de diciembre de 2008, la empresa CAM PERÚ S.R.L. contesta la demanda, solicitando que la misma sea declarada improcedente o infundada, al estimar que a través del amparo no se puede declarar la aplicación de una resolución administrativa que no ha causado estado y cuya ejecución no se ha intentado en la vía que corresponde. De otro lado, niega que haya existido una tercerización fraudulenta, ya que todas las personas mencionadas en la demanda de amparo prestan servicios para la empresa CAM PERÚ S.R.L., en cuyas planillas se encuentran registradas desde hace varios años. Asimismo, agrega que la referida empresa no ha participado en ninguna de las dos resoluciones administrativas que ordenan a EDELNOR S.A.A. la incorporación a planillas de un total de 43 trabajadores y le imponen una multa. Antes por el contrario, refiere que en el procedimiento que se le siguió a CAM PERÚ S.R.L. se produjo el archivamiento de la inspección. Por último, afirma que al no ser CAM PERÚ S.R.L. una empresa que pertenezca al sector eléctrico, sus trabajadores no pueden estar representados por el sindicato de rama de actividad recurrente.

Con fecha 26 de enero de 2009, el Cuadragésimo Sexto Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declara fundada en parte la demanda, ordenando a la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02111-2010-PA/TC

LIMA

SINDICATO UNIFICADO DE
TRABAJADORES DE LA ELECTRICIDAD Y
ACTIVIDADES CONEXAS DE LIMA Y
CALLAO (SUTREL)

empresa EDELNOR que cumpla con restituir a sus planillas y entregar boletas de pago a 43 de los trabajadores incluidos en la demanda, e infundada respecto de los demás trabajadores, en el entendido de que al no estar comprendidos en el acta de inspección, no estaba acreditada su relación laboral con la referida empresa; así como en el extremo en que se solicita la imposición de multa y cancelación de los registros de CAM PERÚ S.R.L.

Con fecha 30 de noviembre de 2009, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, por considerar que de todas las pruebas acompañadas a la misma no fluye que el sindicato demandante haya requerido a la Autoridad Administrativa de Trabajo la ejecución de lo decidido por ésta, además de estar pendiente de resolución, en otro proceso de amparo, iniciado por la empresa demandada, la validez de la decisión de la Autoridad Administrativa de Trabajo que ordenaba la incorporación en planillas, así como por estimar que el procedimiento de cese colectivo por causas objetivas requiere del trámite a que se refiere el Capítulo VII del Título I de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, por lo que su inicio no constituye una afectación real y efectiva a los derechos invocados.

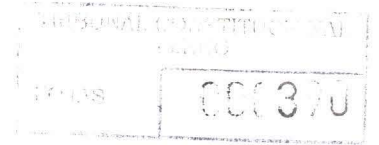
FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. El objeto de la presente demanda de amparo consiste en que, como consecuencia de la verificación del supuesto fraude a la tercerización operado entre las empresas demandadas, se reconozca la relación laboral entre los afiliados del SUTREL y la empresa EDELNOR S.A.A., y en consecuencia, se ordene la inscripción de dichos trabajadores en las planillas de la referida empresa, la entrega de sus respectivas boletas de pago, la imposición de una multa y la cancelación de los registros de la empresa CAM PERÚ S.R.L. Por su parte, las empresas demandadas niegan que dicho acto fraudulento se haya configurado y, en su lugar, aseguran que las resoluciones administrativas invocadas por la parte demandante no han causado estado, por lo cual resulta erróneo pretender su cumplimiento a través de un proceso constitucional como el de autos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02111-2010-PA/TC

LIMA

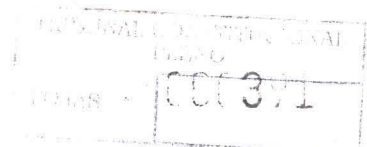
SINDICATO UNIFICADO DE
TRABAJADORES DE LA ELECTRICIDAD Y
ACTIVIDADES CONEXAS DE LIMA Y
CALLAO (SUTREL)

§2. Justificación del proceso de amparo como vía idónea para resolver la presente causa

2. De conformidad con el artículo 5º inciso 2) del Código Procesal Constitucional, el proceso de amparo está configurado en nuestro ordenamiento jurídico como un proceso *subsidiario y excepcional* al no proceder cuando “[e]xistan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado (...)”. De esta forma, se busca que el proceso de amparo atienda causas verdaderamente urgentes y perentorias que requieran una tutela especial o diferenciada, en los términos en que esto viene exigido por el artículo 25º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
3. Bajo dicho temperamento, este Colegiado, en la STC N.º 0206-2005-PA/TC, ha establecido aquellos lineamientos jurídicos que permiten delimitar las pretensiones en materia laboral que merecen protección a través del proceso de amparo. Así, en el fundamento 13 de la sentencia en referencia, que tiene la calidad de precedente vinculante, este Tribunal ha señalado que “(...) todo acto lesivo, no justificado o irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado”.
4. Sobre este punto, el sindicato accionante alega a su favor que el proceso de amparo en materia laboral se encuentra habilitado *excepcionalmente* para resolver aquellos casos que encierran una afectación a la libertad sindical, conforme a lo establecido en el precedente vinculante antes aludido.
5. Ciertamente, este Tribunal comparte la posición asumida por el sindicato demandante, cuando afirma que la vía del amparo es la idónea para resolver la presente causa, en la medida en que uno de los agravios denunciados en la demanda, y que a su juicio derivaría del supuesto “fraude a la subcontratación” operado entre las empresas demandadas, radica en la imposibilidad que tiene el SUTREL para plantear sus reclamos sindicales en la empresa CAM PERÚ S.R.L., pues ésta arguye que al no pertenecer al sector eléctrico, sus trabajadores no podrían estar representados por dicha organización sindical, que es una de rama de actividad. Vistas así las cosas, este Tribunal considera que la afectación *prima facie* de la libertad sindical como requisito para acudir excepcionalmente a la vía del amparo, está debidamente acreditada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02111-2010-PA/TC

LIMA

SINDICATO UNIFICADO DE
TRABAJADORES DE LA ELECTRICIDAD Y
ACTIVIDADES CONEXAS DE LIMA Y
CALLAO (SUTREL)

6. En suma, y habiendo resuelto estas cuestiones procesales previas, el Tribunal concluye que corresponde entrar a resolver el fondo del asunto.

§3. Delimitación de los hechos controvertidos en el presente caso

7. El sindicato recurrente afirma en su demanda que tanto CAM PERÚ S.R.L. (la empresa tercerizadora) así como EDELNOR S.A.A. (la empresa principal) han sido objeto de sendas inspecciones laborales por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, al interior de las cuales, según aduce, se ha llegado a demostrar fehacientemente que la tercerización realizada entre ambas empresas se ha desnaturalizado, evidencia en base a la cual solicita que su demanda de amparo sea estimada. Por su parte, las empresas demandadas cuestionan el hecho de que la resolución administrativa cuya exigibilidad se pretende a través del presente proceso, no haya causado estado, al haberse interpuesto contra ella un recurso de nulidad en la vía administrativa.

8. Así las cosas, este Tribunal estima que, a fin de lograr una cabal comprensión de los hechos que rodean al presente caso, es preciso realizar una descripción clara y detallada de los mismos, y en particular, de aquellos que atañen a los procedimientos de inspección laboral que han tenido lugar en sede administrativa. Atendiendo a esta finalidad, el Tribunal Constitucional considera que tales hechos pueden quedar expuestos de la siguiente manera:

- Con fecha **27 de noviembre de 2007**, la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Lima - Callao emitió el Informe de Actuaciones Inspectivas de Investigación recaído en la Orden de Inspección N.º 13577-2007-MTPE/2/12.3 (obstante a fojas 104), seguido a la empresa **CAM PERÚ S.R.L.**, a través del cual se constató que existían fundados elementos probatorios que demostraban la existencia de una desnaturalización de la tercerización de servicios en la relación contractual entablada entre las empresas CAM PERÚ S.R.L. y EDELNOR S.A.A., tales como: a) que CAM PERÚ no cuenta con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, al quedar comprobado que utiliza la infraestructura, equipos mobiliarios y servicios que son propiedad de EDELNOR S.A.A.; b) que no existe una plena subordinación de los trabajadores de la empresa inspeccionada, al estar en muchos casos supeditados a órdenes o directivas de la empresa EDELNOR S.A.A.; c) que la empresa inspeccionada no asume las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, entre otros. En base a todo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02111-2010-PA/TC

LIMA

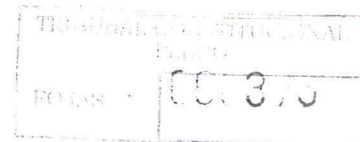
SINDICATO UNIFICADO DE
TRABAJADORES DE LA ELECTRICIDAD Y
ACTIVIDADES CONEXAS DE LIMA Y
CALLAO (SUTREL)

ello, la Dirección Regional de Trabajo concluyó que era de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 4-B del Decreto Supremo N.º 003-2002-TR, agregado por el Decreto Supremo N.º 020-2007-TR. Asimismo, este informe recomendó la emisión de una orden de inspección similar para la empresa EDELNOR S.A.A.

- Siendo ello así, con fecha **24 de abril de 2008**, la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo expidió el Informe de Actuaciones Inspectivas recaído en la Orden de Inspección N.º 3870-2008-MTPE/2/12.3 (obrante a fojas 120), seguido a la empresa **EDELNOR S.A.A.**, a través del cual se volvió a verificar la desnaturalización antes aludida. Asimismo, este informe constató que la empresa inspeccionada no había cumplido con la medida inspectiva de requerimiento adoptada con fecha 17 de abril de 2008, referida al registro de trabajadores en planillas y entrega de boletas de pago, razón por la cual se resolvió elaborar el Acta de Infracción N.º 1281-2008-MTPE/2/12.3 (obrante a fojas 134), que propuso la imposición de una multa para la mencionada empresa.
- En vista de ello, con fecha **21 de mayo de 2008**, la Tercera Sub Dirección de Inspección Laboral resolvió iniciar procedimiento sancionador a la empresa EDELNOR S.A.A. conforme a lo establecido en el inciso a) del artículo 45º de la Ley N.º 28806 (Exp. N.º 396-2008-MTPE/2/12.330), ordenando la notificación del Acta de Infracción correspondiente a la referida empresa, a fin de que presente los descargos que estimara pertinentes, así como a los trabajadores afectados y a la organización sindical implicada.
- Una vez meritado los descargos, con fecha **30 de junio de 2008**, la Tercera Sub Dirección de Inspección Laboral emitió la Resolución Sub Directoral N.º 681-2008-MTPE/2/12.330 (obrante a fojas 147), que resolvió ordenar a la empresa inspeccionada EDELNOR S.A.A. cumplir con subsanar las infracciones que habían sido materia de sanción, imponiéndole la multa correspondiente. Cabe señalar que esta resolución precisó que los inspectores de trabajo habían procedido conforme a lo establecido en el artículo 47º de la Ley N.º 28806, el cual establece que *“(...) los hechos constatados por los servidores de la Inspección del Trabajo que se formalicen en las Actas de Infracción observando los requisitos establecidos merecen fe, sin perjuicio de las pruebas que puedan aportar los sujetos responsables, en defensa de sus respectivos derechos e intereses (...)”*.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02111-2010-PA/TC

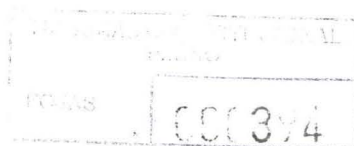
LIMA

SINDICATO UNIFICADO DE
TRABAJADORES DE LA ELECTRICIDAD Y
ACTIVIDADES CONEXAS DE LIMA Y
CALLAO (SUTREL)

- A su turno, con fecha **10 de septiembre de 2008**, la Dirección de Inspección Laboral, mediante Resolución Directoral N.º 545-2008-MTPE/2/12.3 (obrante a fojas 151), confirmó la Resolución Sub Directoral antes aludida, señalando que *“la misma ha causado estado, toda vez que, contra las resoluciones de segunda instancia, no procede medio impugnatorio alguno al haberse agotado la vía administrativa (...)”*.
9. Posteriormente a ello, se advierte que, con fecha **06 de octubre de 2008**, la empresa EDELNOR S.A.A. presentó un escrito (obrante a fojas 273) a través del cual solicitó la nulidad de la Resolución Directoral N.º 545-2008-MTPE/2/12.3 por violar sus derechos al debido procedimiento y de defensa, alegando que la inspección laboral de autos no se había realizado en su empresa sino en las instalaciones de CAM PERÚ S.R.L. y sosteniendo que los inspectores debieron notificar a EDELNOR S.A.A. de las actuaciones seguidas en CAM PERÚ S.R.L. No obstante ello, se aprecia también que, con fecha **19 de febrero de 2009**, la Dirección Regional de Trabajo de Lima emitió el Auto Directoral N.º 005-2009-MTPE/2/12.1 (obrante a fojas 723), a través del cual resolvió declarar *no ha lugar* la solicitud de nulidad formulada por la empresa EDELNOR S.A.A.
- §4. Análisis de la controversia. Sobre la desnaturalización de la tercerización de servicios operada entre las empresas EDELNOR S.A.A. y CAM PERÚ S.R.L.**
10. De las instrumentales obrantes en autos, se aprecia que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a través de su Dirección de Inspección Laboral, comprobó que la tercerización de servicios efectuada entre las empresas CAM PERÚ S.R.L. y EDELNOR S.A.A. había devenido en fraudulenta, conclusión a la cual llegó luego de seguir los procedimientos establecidos en la Ley N.º 28806, Ley General de Inspección del Trabajo. En mérito a ello, este Tribunal considera que las diligencias efectuadas por dicha autoridad administrativa, al estar dentro del ámbito de sus competencias, tienen plena eficacia probatoria a los efectos del presente proceso de amparo.
11. Así pues, de lo observado en las inspecciones y resoluciones emitidas por la Autoridad Administrativa, se aprecia claramente que la relación contractual de tercerización operada entre las empresas EDELNOR S.A.A. y CAM PERÚ S.R.L. ha sido objeto de una desnaturalización, en los términos en que esto viene



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02111-2010-PA/TC

LIMA

SINDICATO UNIFICADO DE
TRABAJADORES DE LA ELECTRICIDAD Y
ACTIVIDADES CONEXAS DE LIMA Y
CALLAO (SUTREL)

determinado por la ley de la materia; y ello básicamente, como ya se precisó, pues en dichas inspecciones se determinó: a) que CAM PERÚ no cuenta con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, al quedar comprobado que utiliza la infraestructura, equipos mobiliarios y servicios que son propiedad de EDELNOR S.A.A.; b) que no existe una plena subordinación de los trabajadores de la empresa inspeccionada, al estar en muchos casos supeditados a órdenes o directivas de la empresa EDELNOR S.A.A.; y c) que la empresa inspeccionada no asume las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, entre otros. En mérito a dichas actuaciones y a la certeza que las mismas generan sobre la desnaturalización producida, **corresponde pues que este Colegiado estime la demanda y ordene, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 4-B del Decreto Supremo N.º 003-2002-TR, la incorporación de los trabajadores recurrentes a planillas de la empresa EDELNOR.**

12. Por otro lado, en relación a la pretensión de cancelación de los registros de la empresa CAM PERÚ S.R.L., conviene tener en cuenta que, según el artículo 5º de la Ley N.º 29245, “[l]os contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la presente Ley y que impliquen una simple provisión de personal, originan (...) la cancelación del registro a que se refiere el artículo 8 de la presente Ley, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes” (énfasis agregado). No obstante ello, este Colegiado advierte que, si bien la referida cancelación constituye una consecuencia legalmente necesaria tras la constatación de un supuesto de tercerización fraudulenta, ello no puede ser dilucidado a través del presente proceso por ser una cuestión ajena a la tutela que brinda el proceso de amparo.

§5. Sobre la afectación de los derechos invocados en la demanda, como consecuencia del “fraude a la subcontratación” operado por las empresas CAM PERÚ S.R.L. y EDELNOR S.A.A.

13. Es evidente para este Tribunal que la configuración de un supuesto de tercerización fraudulenta, no solo conlleva el incumplimiento de una norma de carácter laboral, sino que implica también, y en lo que interesa al presente proceso de amparo, la afectación de una serie de derechos constitucionales del sindicato recurrente y a sus representados, situación que merece ser analizada por este Colegiado para ser debidamente reparada a través de esta sentencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02111-2010-PA/TC

LIMA

SINDICATO UNIFICADO DE
TRABAJADORES DE LA ELECTRICIDAD Y
ACTIVIDADES CONEXAS DE LIMA Y
CALLAO (SUTREL)

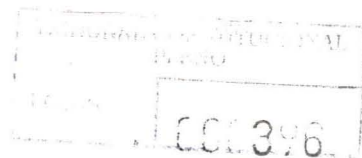
14. En tal sentido, a juicio de este Tribunal, cuando el artículo 4-B del Decreto Supremo N.º 003-2002-TR, dispone que la *desnaturalización* de un contrato de tercerización origina que los trabajadores desplazados tengan una relación de trabajo directa con la empresa principal, es porque valora implícitamente que en tales supuestos el objetivo o “justificación subyacente” a la tercerización (consistente en la generación de una mayor competitividad en el mercado a través de la descentralización productiva) no ha sido el (único) móvil de la tercerización efectuada, al haber tenido como propósito subalterno el disminuir o anular los derechos laborales de los trabajadores. En dicho contexto, cuando una empresa (principal) subcontrata a otra (tercerizadora), pero sigue manteniendo aquélla el poder de dirección sobre los trabajadores, y la función o actividad tercerizada se sigue realizando en los ambientes de la empresa principal y con los bienes y recursos de ésta, y a su cuenta y riesgo, resulta evidente que dicha subcontratación resulta incompatible con nuestra Constitución.
15. Así, desde un punto de vista constitucional, es claro para este Colegiado que, al margen de lo establecido en la ley de la materia, una operación (subcontratación fraudulenta) que no tiene otro fin que el aumento de las ganancias empresariales, a costa de la ilegítima disminución de los derechos de los trabajadores (y no mediante la búsqueda real de la eficiencia empresarial), se encuentra completamente vedada. Y ello no sólo, porque en este caso desaparece la *finalidad constitucional y legal* que justifica la *intervención* en los derechos fundamentales de los trabajadores, que inevitablemente se produce con la utilización de la tercerización, sino porque la finalidad oculta tras el fraude en la subcontratación representa un supuesto de “*instrumentalización*” de la dignidad de los trabajadores, inadmisibles en el Estado Constitucional.

§ 6. De las órdenes impartidas en la presente sentencia

16. Por último, resulta censurable para este Colegiado que la empresa EDELNOR S.A.A. se haya negado a presentar las planillas de los trabajadores restantes del sindicato recurrente ante las autoridades administrativas de trabajo. Esta situación de renuencia, a todas luces injustificada, ha impedido que dichos trabajadores puedan ser incluidos en un acta de inspección similar a la que dio origen al presente proceso, y así por esa vía, ser reparados en sus derechos en la vía constitucional; mientras que la empresa EDELNOR S.A.A., por esa negativa, sólo se ha visto



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02111-2010-PA/TC

LIMA

SINDICATO UNIFICADO DE
TRABAJADORES DE LA ELECTRICIDAD Y
ACTIVIDADES CONEXAS DE LIMA Y
CALLAO (SUTREL)

compelida a pagar una multa ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, según consta de la Resolución Sub Directoral N.º 1249-2008-MTPE/2/12.310, su fecha 03 de septiembre de 2008 (obrante a fojas 709).

Esta arbitrariedad manifiesta debe ser enfáticamente rechazada por este Tribunal, siendo preciso que el Ministerio de Trabajo adopte todos los recaudos que fueran necesarios, en su función de inspección laboral, a fin de que la demandada EDELNOR S.A.A. cumpla con presentar las planillas de los catorce (14) trabajadores restantes y pueda determinarse en dicha vía si se encuentran en la misma situación que los trabajadores incluidos en el acta de inspección laboral emitida por el Ministerio de Trabajo (Resolución Directoral N.º 545-2008-MTPE/2/12.3); en cuyo caso deberá dárseles el mismo tratamiento establecido en la presente sentencia.

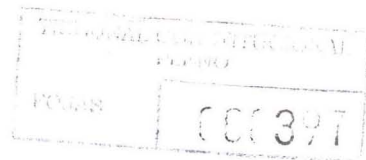
Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo de autos, por haberse acreditado la vulneración de los derechos del demandante al trabajo, a la igualdad y a la libertad sindical; en consecuencia,
2. **ORDENAR** a la empresa EDELNOR S.A.A. incorporar a los miembros del sindicato recurrente en su libro de planillas, comprendidos en la Resolución Directoral N.º 545-2008-MTPE/2/12.3, en el plazo máximo de dos (2) días de notificada la presente sentencia, bajo apercibimiento de aplicarse los apremios previstos en el artículo 22º del Código Procesal Constitucional, con el abono de las costas y los costos del proceso en la etapa de ejecución de sentencia.
3. Notificar al Ministerio de Trabajo a efectos de que atienda a lo dispuesto en el fundamento 16 de esta sentencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02111-2010-PA/TC

LIMA

SINDICATO UNIFICADO DE
TRABAJADORES DE LA ELECTRICIDAD Y
ACTIVIDADES CONEXAS DE LIMA Y
CALLAO (SUTREL)

4. Declarar **IMPROCEDENTE** los extremos relacionados con la cancelación de los registros de CAM PERÚ S.R.L. y con la imposición de la multa solicitada, de acuerdo a lo señalado en el fundamento 12 *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ

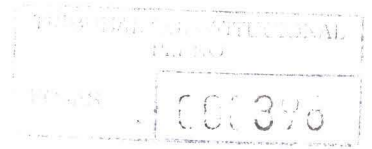
Lo que certifico



FRANCISCO MORALES SARAVIA
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02111-2010-PA/TC

LIMA

SINDICATO UNIFICADO DE TRABAJADORES
DE LA ELECTRICIDAD Y ACTIVIDADES
CONEXAS DE LIMA Y CALLAO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

En el caso de autos, si bien concuerdo con el sentido del fallo, las consideraciones que, a mi juicio, sustentan la decisión, son las que se detallan en el fundamento de voto del magistrado Mesía Ramírez, excepto en lo relativo a lo manifestado en: i) el punto 9 de dicho fundamento, al no constar físicamente en el expediente la resolución que concede la medida cautelar que se habría dictado luego de la sentencia estimativa de primera instancia; y ii) en el punto 2 de la parte resolutive de dicho fundamento, razón por la cual considero que la redacción del fallo debería ser la siguiente:

1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda de autos, por haberse acreditado que el incumplimiento de la Orden de Inspección N° 13577-2007-MTPE/2/12.3, la Orden de Inspección N° 3870-2008-MTPE/2/12.3 y el Acta de Infracción N° 1281-2008-MTPE/2/12.3 ha vulnerado los derechos constitucionales al trabajo, a la libertad sindical y a la negociación colectiva de los trabajadores consignados en dichos actos.
2. **ORDENAR** a la empresa EDELNOR S.A.A. incorporar a los miembros del sindicato recurrente en su libro de planillas, comprendidos en la Resolución Directoral N.º 545-2008-MTPE/2/12.3, en el plazo máximo de dos (2) días de notificada la presente sentencia, bajo apercibimiento de aplicarse los apremios previstos en el artículo 22º del Código Procesal Constitucional, con el abono de las costas y los costos del proceso en la etapa de ejecución de sentencia.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión referida a que se le imponga a la Compañía Americana de Multiservicios del Perú S.R.L. una multa y se disponga la cancelación de su registro como empresa tercerizadora de servicios.

Sr.

URVIOLA HANI

Lo que certifico



FRANCISCO MORALES SARAYTA
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

RECEIVED
FOLIO 379

EXP. N.º 02111-2010-PA/TC

LIMA

SINDICATO UNIFICADO DE TRABAJADORES
DE LA ELECTRICIDAD Y ACTIVIDADES
CONEXAS DE LIMA Y CALLAO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

En el caso de autos, si bien concuerdo con el sentido del fallo, las consideraciones que, a mi juicio, sustentan la decisión, son las que detallo a continuación:

Delimitación del petitorio y de la controversia

1. El Sindicato demandante interpone demanda de amparo contra la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A. (EDELNOR S.A.A.), solicitando que se le ordene que reconozca la relación laboral que mantiene con sus afiliados, los incluya a su planilla de remuneraciones y les pague sus beneficios dejados de percibir.

Alega que EDELNOR se niega a incluir a sus afiliados en su planilla de remuneraciones, a pesar de que la Autoridad de Trabajo lo ha ordenado en la Orden de Inspección N° 3870-2008-MTPE/2/12.3, el Acta de Infracción N° 1281-2008, el Acta de Infracción N° 1734-2007, la Resolución Sub Directoral N° 681-2008-MTPE/2/12.330 y la Resolución Directoral N° 545-2008-MTPE/2/12.3, por cuanto verificó la desnaturalización de la tercerización de servicios suscrita entre la Compañía Americana de Multiservicios del Perú S.R.L. (CAM PERÚ) y EDELNOR, vulnerándose así sus derechos constitucionales a la libertad sindical y a la negociación colectiva, por cuanto EDELNOR les niega a sus afiliados aportar al Sindicato, así como participar en su pliego de reclamos y beneficios.

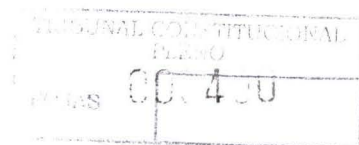
Señala que EDELNOR trasladó personal a CAM PERÚ para que exista la tercerización de servicios contratada, la cual ha sido declarada desnaturalizada por la Autoridad de Trabajo, por lo que su demanda merece ser estimada.

2. Tanto EDELNOR como CAM PERÚ alegan que el proceso de amparo no es la vía adecuada para resolver la demanda y que los mandatos de los actos administrativos que sustentan las pretensiones del Sindicato demandante no pueden ser ejecutados, por cuanto no se trata de actos administrativos firmes, ya que vienen siendo cuestionados por EDELNOR a través de un proceso de amparo.
3. Teniendo presente los alegatos esgrimidos por las empresas emplazadas, considero que éstos resultan desestimables por varios motivos.

En primer lugar, debo enfatizar que el proceso de amparo es la vía satisfactoria para la tutela de los derechos laborales colectivos que se encuentran reconocidos en la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Constitución, en caso éstos sean vulnerados o amenazados con ser vulnerados. Este criterio de procedencia se encuentra precisado en las reglas del precedente vinculante de la STC 0206-2005-PA/TC, razón por la cual la demanda no puede ser declarada improcedente.

En segundo lugar, debo recordar que el artículo 2° del CPConst. precisa que el proceso de amparo procede cuando se viole derechos constitucionales por “omisión de actos de cumplimiento obligatorio”, supuesto que se alega en el caso de autos, por cuanto el Sindicato demandante afirma que sus derechos constitucionales a la libertad sindical y a la negociación colectiva vienen siendo vulnerados en la medida que EDELNOR no cumple con lo ordenado por la Autoridad de Trabajo. Es decir, que el Tribunal Constitucional tiene la competencia para evaluar la omisión denunciada por el Sindicato demandante, ya que es dicho comportamiento el que origina la posible vulneración de los derechos constitucionales alegados.

Finalmente, debo precisar que si bien EDELNOR ha interpuesto una demanda de amparo contra la Resolución Sub Directoral N° 681-2008-MTPE/2/12.330 y la Resolución Directoral N° 545-2008-MTPE/2/12.3, ello no implica que dichas resoluciones hayan perdido eficacia o que se presuman ilegales o inválidas, por cuanto el artículo 9° de la Ley N° 27444 prescribe que “Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda”.

En buena cuenta, por el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos considero que las resoluciones mencionadas son actos administrativos válidos, eficaces y que deben ser ejecutados por EDELNOR, pues mientras no exista una resolución judicial firme que declare su invalidez, nulidad o ineficacia, son actos administrativos de cumplimiento obligatorio y no existe justificación legítima para no acatarlos o cumplirlos en sus propios términos. Lo mismo sucede con la Orden de Inspección N° 13577-2007-MTPE/2/12.3, de fecha 27 de noviembre de 2007, la Orden de Inspección N° 3870-2008-MTPE/2/12.3, de fecha 24 de abril de 2008 y el Acta de Infracción N° 1281-2008-MTPE/2/12.3, de fecha 24 de abril de 2008.

Análisis de la controversia

4. Para analizar la fundabilidad de la demanda, debe tenerse presente que:
 - a. En la Orden de Inspección N° 13577-2007-MTPE/2/12.3, de fecha 27 de noviembre de 2007, obrante de fojas 104 a 118, se concluye que CAM PERÚ no cuenta con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, pues utiliza la infraestructura, equipos, mobiliario y servicios de propiedad de EDELNOR; no existe una plena subordinación de los trabajadores de CAM PERÚ, pues en muchos casos están supeditados a las órdenes o directivas de EDELNOR, entre otras razones. Por ello, la Autoridad de Trabajo considera que los trabajadores objeto de la inspección, en los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

hechos, lo son de EDELNOR y no de CAM PERÚ, pues ésta no asume las tareas contratadas por su cuenta y riesgo.

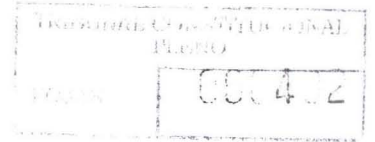
- b. En la Orden de Inspección N° 3870-2008-MTPE/2/12.3, de fecha 24 de abril de 2008, obrante de fojas 120 a 131, se concluye que se ha verificado la desnaturalización de la tercerización de servicios suscrita entre EDELNOR y CAM PERÚ.
 - c. En el Acta de Infracción N° 1281-2008-MTPE/2/12.3, de fecha 24 de abril de 2008, obrante de fojas 134 a 145, se le impuso a EDELNOR una multa por no haber cumplido con registrar a cuarenta y tres trabajadores en su planilla de remuneraciones.
 - d. En la Resolución Sub Directoral N° 681-2008-MTPE/2/12.330, de fecha 30 de junio de 2008, se le requiere a EDELNOR que cumpla con pagar la multa impuesta por el Acta de Infracción N° 1281-2008-MTPE/2/12.3.
 - e. En la Resolución Directoral N° 545-2008-MTPE/2/12.3, de fecha 10 de setiembre de 2008, obrante de fojas 151 a 153, se confirmó la Resolución Sub Directoral N° 681-2008-MTPE/2/12.330.
5. En el presente caso, teniendo en cuenta el principio de verdad material considero que los hechos consignados por la Autoridad de Trabajo en la Orden de Inspección N° 13577-2007-MTPE/2/12.3, de fecha 27 de noviembre de 2007, la Orden de Inspección N° 3870-2008-MTPE/2/12.3, de fecha 24 de abril de 2008 y el Acta de Infracción N° 1281-2008-MTPE/2/12.3, de fecha 24 de abril de 2008, han sido debidamente verificados, es decir, que se encuentra corroborada la desnaturalización de la tercerización de servicios suscrita entre EDELNOR y CAM PERÚ.

Al respecto, estimo pertinente destacar que EDELNOR en su demanda de amparo interpuesta contra la Resolución Sub Directoral N° 681-2008-MTPE/2/12.330 y la Resolución Directoral N° 545-2008-MTPE/2/12.3, obrante de fojas 803 a 835, no aduce que la Orden de Inspección N° 3870-2008-MTPE/2/12.3, de fecha 24 de abril de 2008, afecte alguno de sus derechos fundamentales, es decir, que tácitamente ha aceptado la veracidad de los hechos verificados y las conclusiones consignadas en ella, como son que:

- CAM PERÚ no cuenta con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, toda vez que EDELNOR le provee equipos, repuestos, mobiliario y accesorios destinados a la prestación de los servicios de tercerización contratados.
- Existe subordinación de los trabajadores de CAM PERÚ a EDELNOR, pues ésta tiene la potestad de solicitar, en cualquier momento y sin expresión de causa, la sustitución del personal asignado.
- CAM PERÚ no asume las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, pues EDELNOR se obliga a contratar por su cargo y costo, las pólizas de seguros que garanticen los daños que pueda ocasionarle.
- CAM PERÚ no posee una estructura organizativa autónoma e independiente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



La verificación de estos hechos se ha dado con la presencia de los representantes de EDELNOR, por lo que ésta no puede alegar que la Orden de Inspección N° 3870-2008-MTPE/2/12.3 afecte su derecho de defensa. En tal sentido, en el supuesto de que se omitiera valorar como medios de pruebas pertinentes la Orden de Inspección N° 13577-2007-MTPE/2/12.3 y el Acta de Infracción N° 1281-2008-MTPE/2/12.3 por venir siendo cuestionadas en otro proceso de amparo, ello no incidiría en el resultado del presente proceso, por cuanto la Orden de Inspección N° 3870-2008-MTPE/2/12.3 no ha sido judicialmente cuestionada y prueba la desnaturalización de la tercerización de servicios suscrita entre EDELNOR y CAM PERÚ.

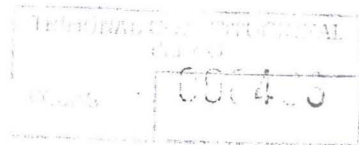
6. Consecuentemente, considero que el incumplimiento de la Orden de Inspección N° 13577-2007-MTPE/2/12.3, de fecha 27 de noviembre de 2007, la Orden de Inspección N° 3870-2008-MTPE/2/12.3, de fecha 24 de abril de 2008 y del Acta de Infracción N° 1281-2008-MTPE/2/12.3, de fecha 24 de abril de 2008, afecta no solo el ejercicio de los derechos constitucionales a la libertad sindical y a la negociación colectiva de los trabajadores consignados en los actos administrativos mencionados, por cuanto no pueden ser parte, ni beneficiados de los procedimientos de negociación colectiva que se inician en EDELNOR, sino también el derecho constitucional al trabajo, pues fraudulentamente los trabajadores inspeccionados han mantenido una relación laboral con CAM PERÚ cuando en los hechos eran trabajadores de EDELNOR.
7. De otra parte, considero que en autos también existen otros medios de prueba pertinentes que permiten comprobar la desnaturalización de la tercerización de servicios suscrita entre EDELNOR y CAM PERÚ que ha sido corroborada por la Autoridad de Trabajo. Así, tenemos la carta y el documento denominado “ratificación de término de la relación laboral”, de fechas 15 de diciembre de 2008, obrante a fojas 389 y 513, respectivamente, en las que el Gerente General de CAM PERÚ le comunica a don Miguel Edilberto Manchego Núñez que acepta su carta de renuncia y que su último día de trabajo era el 15 de diciembre de 2008.

Con estos documentos se prueba que formalmente don Miguel Edilberto Manchego Núñez era trabajador de CAM PERÚ; sin embargo, debe tenerse presente que con fecha 16 de diciembre de 2008, EDELNOR suscribió con don Miguel Edilberto Manchego Núñez un convenio de otorgamiento de liberalidad graciosa compensable, en el que reconoce que “**LA EMPRESA** le ha pagado todos y cada uno de sus beneficios legales y convencionales hasta la fecha de firma de este convenio” y acepta que “**EL BENEFICIARIO** reconoce que no existe asunto dudoso o de carácter litigioso que se hubiera generado del cese de sus labores como trabajador”.

A mi juicio, los medios de prueba reseñados demuestran que la misma EDELNOR en el caso de don Miguel Edilberto Manchego Núñez ha aceptado expresamente que, en los hechos, él era su trabajador, a pesar de que formalmente era trabajador de CAM PERÚ. Con esto, considero que resulta evidente que se encuentra demostrada la desnaturalización de la tercerización de servicios suscrita entre EDELNOR y CAM



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



PERÚ, lo que respalda los hechos consignados y verificados en los actos administrativos de la Autoridad de Trabajo, por lo que resulta legítimo y constitucional ordenarle a EDELNOR que incorpore en su planilla de remuneraciones a los trabajadores referidos en la Orden de Inspección N° 13577-2007-MTPE/2/12.3, la Orden de Inspección N° 3870-2008-MTPE/2/12.3 y el Acta de Infracción N° 1281-2008-MTPE/2/12.3.

8. De otra parte, estimo que resulta improcedente la pretensión de que se le imponga a CAM PERÚ una multa y se disponga la cancelación de su registro como empresa tercerizadora de servicios, pues ello no se condice con la finalidad restitutoria del proceso de amparo y es competencia del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
9. Finalmente, estimo pertinente precisar que la sentencia estimativa de primera instancia al haber sido ejecutada a través de una medida cautelar, en aplicación del artículo 16° del CPConst., tiene que convertirse en una medida ejecutiva. Asimismo, corresponde que EDELNOR asume el pago de las costas y costos del proceso.

Por las razones expuestas, concuerdo con el sentido estimativo de la ponencia y considero que la redacción del fallo debería ser:

1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda de autos, por haberse acreditado que el incumplimiento de la Orden de Inspección N° 13577-2007-MTPE/2/12.3, la Orden de Inspección N° 3870-2008-MTPE/2/12.3 y el Acta de Infracción N° 1281-2008-MTPE/2/12.3 ha vulnerado los derechos constitucionales al trabajo, a la libertad sindical y a la negociación colectiva de los trabajadores consignados en dichos actos.
2. **ORDENAR** que en aplicación del artículo 16° del CPConst., la medida cautelar dictada en autos se convierta de pleno derecho en una medida ejecutiva, con el abono de las costas y costos.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión referida a que se le imponga a la Compañía Americana de Multiservicios del Perú S.R.L. una multa y se disponga la cancelación de su registro como empresa tercerizadora de servicios.

Sr.

MESÍA RAMÍREZ

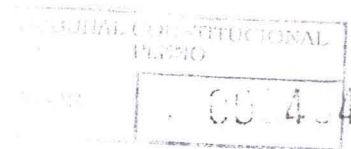
Lo que certifico



FRANCISCO MORALES SARAVIA
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02111-2010-PA/TC

LIMA

SINDICATO UNIFICADO DE
TRABAJADORES DE LA ELECTRICIDAD Y
ACTIVIDADES CONEXAS DE LIMA Y
CALLAO (SUTREL)

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

Si bien concuerdo con el sentido del fallo de la presente sentencia, deseo exponer, no obstante, las siguientes consideraciones a modo de fundamento de voto, con la finalidad de reforzar la argumentación que conduce a lo finalmente aquí resuelto.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por el Sindicato Unificado de Trabajadores de la Electricidad y Actividades Conexas de Lima y Callao (SUTREL) contra la resolución de fecha 30 de noviembre de 2009, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 07 de octubre de 2008, el Sindicato Unificado de Trabajadores de la Electricidad y Actividades Conexas de Lima y Callao (SUTREL) interpone demanda de amparo contra la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte - EDELNOR S.A.A. y contra la Compañía Americana de Multiservicios Perú - CAM PERÚ S.R.L., solicitando que se reconozca la relación laboral de sus afiliados con la primera de las mencionadas, el cumplimiento de las conclusiones de la investigación de la Autoridad Administrativa de Trabajo que ordena el pase a las planillas de dicha empresa, así como el pago de los beneficios vigentes en la misma, alegando la violación de sus derechos al trabajo, a la igualdad y a la no discriminación, a la asociación y a la libertad sindical individual y colectiva.

Refiere el sindicato accionante que, desde el mes de mayo del año 2000, la empresa concesionaria EDELNOR S.A.A., del grupo empresarial Endesa, ha venido desplazando ilegalmente parte de sus funciones y áreas de trabajo a una supuesta subsidiaria y contratista denominada CAM PERÚ S.R.L., la cual también pertenece a dicho grupo empresarial. Al respecto, indica que ante el aumento de las áreas y el personal desplazados, decidieron conformar una sección sindical del SUTREL en la empresa CAM PERÚ S.R.L., la misma que ésta se negó a reconocer, oponiéndose a otorgar permisos a los delegados, a efectuar los descuentos sindicales, a participar en las negociaciones colectivas, entre otras afectaciones a la libertad sindical, bajo el argumento de que la referida empresa no pertenecía al sector eléctrico, lo cual fue reiteradamente admitido por la Autoridad Administrativa de Trabajo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Asimismo, menciona que con fecha 27 de noviembre de 2007, la Autoridad Administrativa de Trabajo, luego de una inspección realizada en la empresa CAM PERÚ S.R.L., emitió el Informe de Investigación N.º 13577-2007-MTPE/2/12.3, a través del cual constató la existencia de fundados elementos que demostraban la existencia de una desnaturalización en la tercerización de servicios establecida entre CAM PERÚ y EDELNOR, concluyendo que era de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 4-B del Decreto Supremo N.º 003-2002-TR, Norma que establece disposiciones para la aplicación de las Leyes N.º 27626 y 27696 (Leyes que regulan la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores) -agregado por el Decreto Supremo N.º 020-2007-TR-, el cual señala que cuando la contratación de servicios implica una simple provisión de personal, ello ocasiona que los trabajadores desplazados tengan una relación de trabajo directa con la empresa principal.

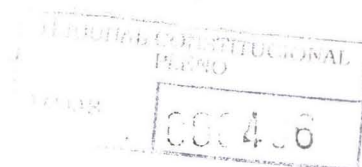
Del mismo modo, refiere que, como consecuencia de una inspección similar llevada a cabo en la empresa EDELNOR S.A.A., la Autoridad Administrativa de Trabajo emitió el Informe N.º 3870-2008-MTPE/2/12.3, su fecha 24 de abril de 2008, el cual verificó nuevamente la existencia de la aludida desnaturalización, concluyendo que la empresa inspeccionada no había cumplido con la medida inspectiva de requerimiento adoptada con fecha 17 de abril de 2008 (registro de trabajadores en planillas y entrega de boletas de pago). Como consecuencia de ello, refiere que la Autoridad Administrativa de Trabajo inició un procedimiento sancionador a la empresa inspeccionada, emitiendo el Acta de Infracción N.º 1281-2008-MTPE/2/12.3, a través de la cual se le impuso una multa por haber infringido las normas laborales en materia de verificación (registro de trabajadores en planillas y entrega de boletas de pago) respecto de 43 trabajadores.

En atención a todo ello, el sindicato accionante estima que existen suficientes elementos probatorios que demuestran la existencia de un “fraude a la subcontratación” en el presente caso, pese a lo cual la empresa EDELNOR S.A.A. se resiste a cumplir el requerimiento formulado por las autoridades administrativas para que los trabajadores desplazados sean incorporado a planillas de la empresa principal.

Con fecha 07 de noviembre de 2008, la empresa EDELNOR S.A.A. contesta la demanda, solicitando que la misma sea declarada improcedente o infundada, en la inteligencia de que la misma no reúne los requisitos establecidos en la ley. Al respecto, sostiene que no se ha cumplido con agotar la vía administrativa previa contra la Resolución Directoral N.º 545-2008-MTPE/2/2.3 emitida por la Autoridad de Inspección (la cual ordena la incorporación a planillas de los trabajadores mencionados en la demanda de amparo), dado que la empresa ha solicitado la nulidad de dicho pronunciamiento por afectar el debido proceso, conforme lo acredita con la documentación pertinente. Asimismo, refiere que la relación de trabajadores cuya incorporación a planillas se pretende en la demanda de amparo (que contiene el nombre de 57 trabajadores) difiere de la relación comprendida, a su vez, en la resolución administrativa emitida por la Autoridad Administrativa de Trabajo (que sólo contempla una lista de 43 trabajadores). En tal sentido, aduce que a través del proceso de amparo no pueden extenderse los efectos de una resolución administrativa, que no es firme ni



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



definitiva, a trabajadores que no formaron parte de la misma. Por último, alega que no ha existido ningún acto de tercerización fraudulenta, como lo sostiene la parte demandante, dado que ésta ha reconocido la plena validez de la relación laboral entablada con CAM PERÚ S.R.L. al haber tenido una activa participación sindical en dicha empresa.

Con fecha 29 de diciembre de 2008, la empresa CAM PERÚ S.R.L. contesta la demanda, solicitando que la misma sea declarada improcedente o infundada, al estimar que a través del amparo no se puede declarar la aplicación de una resolución administrativa que no ha causado estado y cuya ejecución no se ha intentado en la vía que corresponde. De otro lado, niega que haya existido una tercerización fraudulenta, ya que todas las personas mencionadas en la demanda de amparo prestan servicios para la empresa CAM PERÚ S.R.L., en cuyas planillas se encuentran registradas desde hace varios años. Asimismo, agrega que la referida empresa no ha participado en ninguna de las dos resoluciones administrativas que ordenan a EDELNOR S.A.A. la incorporación a planillas de un total de 43 trabajadores y le imponen una multa. Por el contrario, refiere que en el procedimiento que se le siguió a CAM PERÚ S.R.L. se produjo el archivamiento de la inspección. Por último, afirma que CAM PERÚ S.R.L. no es una empresa que pertenezca al sector eléctrico, por lo que sostiene que sus trabajadores no pueden estar representados por el sindicato de rama de actividad recurrente.

Con fecha 26 de enero de 2009, el Cuadragésimo Sexto Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declara fundada en parte la demanda, ordenando a la empresa EDELNOR que cumpla con restituir a sus planillas y entregar boletas de pago a 43 de los trabajadores incluidos en la demanda; e infundada respecto de los demás trabajadores, en el entendido de que al no estar comprendidos en el acta de inspección, no estaba acreditada su relación laboral con la referida empresa; así como en el extremo en que se solicita la imposición de multa y cancelación de los registros de CAM PERÚ S.R.L.

Con fecha 30 de marzo de 2009, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, por considerar que de todas las pruebas acompañadas a la misma no fluye que el sindicato demandante haya requerido a la Autoridad Administrativa de Trabajo la ejecución de lo decidido por ésta; además de estar pendiente de resolución, en otro proceso de amparo, iniciado por la empresa demandada, la validez de la decisión de la Autoridad Administrativa de Trabajo que ordenaba la incorporación en planillas; del mismo modo, por estimar que el procedimiento de cese colectivo por causas objetivas requiere del trámite a que se refiere el Capítulo VII del Título I de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, por lo que su inicio no constituye una afectación real y efectiva a los derechos invocados.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



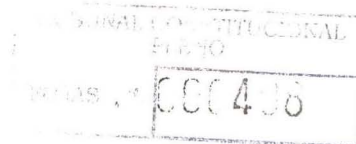
1. El objeto de la presente demanda de amparo consiste en que, como consecuencia de la verificación del supuesto fraude a la tercerización operado entre las empresas demandadas, se reconozca la relación laboral entre los afiliados del SUTREL y la empresa EDELNOR S.A.A., y en consecuencia, se ordene la inscripción de dichos trabajadores en las planillas de la referida empresa, la entrega de sus respectivas boletas de pago, la imposición de una multa y la cancelación de los registros de la empresa CAM PERÚ S.R.L. Por su parte, las empresas demandadas niegan que dicho acto fraudulento se haya configurado y, en su lugar, aseguran que las resoluciones administrativas invocadas por la parte demandante no han causado estado, por lo cual resulta erróneo pretender su cumplimiento a través de un proceso constitucional como el de autos.
2. En virtud a tales alegatos, estimo que, para resolver la presente controversia, resulta necesario emitir un pronunciamiento sobre los siguientes asuntos:
 - Justificación del proceso de amparo como vía idónea para resolver la presente causa.
 - La tercerización laboral: concepto, justificación y requisitos legales.
 - Delimitación de los hechos controvertidos en el presente caso
 - Análisis de la controversia
 - Sobre la desnaturalización de la tercerización de servicios operada entre las empresas EDELNOR S.A.A. y CAM PERÚ S.R.L.
 - Sobre la supuesta afectación de los derechos invocados en la demanda, como consecuencia del “fraude a la subcontratación” operado por las empresas CAM PERÚ S.R.L. y EDELNOR S.A.A.
 - Sobre la responsabilidad social de la empresa en el marco del Estado social y democrático de Derecho.
 - Sobre los derechos y los deberes en el Estado social y democrático de derecho
 - Crisis de la teoría de la correlatividad y relevancia de los deberes autónomos
 - Análisis de la conducta asumida por las empresas EDELNOR S.A.A. y CAM PERÚ S.R.L. en el caso *sub litis*, a la luz de sus deberes constitucionales. La responsabilidad social empresarial en el ámbito de las operaciones de tercerización laboral.
 - Sobre los alcances de la presente sentencia: la libertad sindical y los derechos colectivos en el marco de las relaciones laborales.

§2. Justificación del proceso de amparo como vía idónea para resolver la presente causa

3. De conformidad con el artículo 5º inciso 2) del Código Procesal Constitucional, el proceso de amparo está configurado en nuestro ordenamiento jurídico como un proceso *subsidiario y excepcional* al no proceder cuando “[e]xistan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado (...)”. De esta forma, se busca que el proceso de amparo atienda causas verdaderamente urgentes y perentorias que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



requieran una tutela especial o diferenciada, en los términos en que esto viene exigido por el artículo 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4. Bajo dicho temperamento, este Colegiado, en la STC N.° 0206-2005-PA/TC, ha establecido aquellos lineamientos jurídicos que permiten delimitar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial del derecho fundamental al trabajo, merecen protección a través del proceso de amparo. Así, en el fundamento 13 de la sentencia en referencia, que tiene la calidad de precedente vinculante, este Tribunal ha señalado que “(...) todo acto lesivo, no justificado o irrazonable, que afecte a los trabajadores a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado”.
5. Al respecto, a fojas 884 de autos, obra la resolución N.° 120-5 a través de la cual la Sala emplazada, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos, por considerar que de todas las pruebas acompañadas a la misma no fluye que el sindicato demandante haya requerido a la Autoridad Administrativa de Trabajo la ejecución de lo decidido por ésta *“a pesar de que la parte final del numeral 48.2 del artículo 48 de la Ley 28806 [establece] que «la resolución consentida o confirmada tiene mérito ejecutivo respecto de las obligaciones que contiene»*”. En este punto, la argumentación esgrimida por la Sala es como sigue:

“Por ser ello así, es evidente que la demanda planteada por el Sindicato no es procedente ser evaluada en un proceso constitucional de amparo desde que no existe prueba en autos de que, en sede administrativa, el demandante hubiera exigido la ejecución de dicha resolución ante la Autoridad Administrativa de Trabajo que es la encargada de hacer cumplir sus decisiones conforme a las leyes especiales que rigen sus competencias y conforme a las actuaciones que ella aprecia se derivan de lo actuado administrativamente” (énfasis agregado).

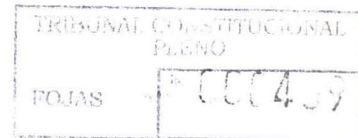
Para luego concluir:

“Por todo ello; porque se requiere necesariamente de un proceso con etapa probatoria en el que se pueda verificar lo acontecido en el procedimiento administrativo sancionador con respecto de los criterios asumidos por la Autoridad Administrativa de Trabajo y porque las resoluciones cuya ejecución se solicitan son materia de cuestionamiento por EDELNOR en otro proceso de amparo, este colegiado (...) considera que debe revocar la apelada y reformarla declarando improcedente la demanda” (énfasis agregado).

6. Por su parte, el sindicato accionante alega a su favor que el proceso de amparo en materia laboral se encuentra habilitado *excepcionalmente* para resolver aquellos casos que encierran una afectación a la libertad sindical, conforme a lo establecido en el precedente vinculante antes aludido.
7. En el contexto descrito, estimo que, por las consideraciones que expondré seguidamente, el sindicato accionante lleva razón cuando afirma que la vía del amparo es la vía idónea para resolver la presente causa; y considero, en contraste,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



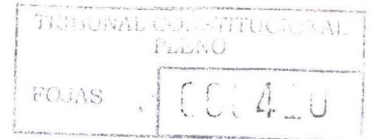
que lo argumentado por la Sala en relación a la improcedencia de la demanda revela un razonamiento no sólo errado sino, además, esencialmente arbitrario.

8. En primer lugar, es preciso indicar que uno de los agravios denunciados por el sindicato accionante en el presente caso, y que a su juicio derivaría también del supuesto “fraude a la subcontratación” operado entre las empresas demandadas, radica en la imposibilidad que tiene el SUTREL para plantear sus reclamos sindicales en la empresa CAM PERÚ S.R.L., pues ésta arguye que al no pertenecer al sector eléctrico, sus trabajadores no podrían estar representados por dicha organización sindical, que es una de rama de actividad. Así las cosas, considero que la afectación *prima facie* de la libertad sindical como requisito para acudir excepcionalmente a la vía del amparo, está debidamente acreditada.
9. Pero además, y en segundo término, lo que no se puede dejar de rechazar, por inconsistente, es el argumento esgrimido por la Sala, en el sentido de que la demanda sería improcedente “*porque no existen pruebas de que el sindicato haya requerido a la Autoridad Administrativa de Trabajo la ejecución de lo decidido por ésta*”, cuando resulta claro que una prueba de este tipo en nada coadyuvaría a resolver el fondo del asunto, cuyos términos de discusión giran en torno a una supuesta tercerización fraudulenta, y no acerca de la ejecución (o inejecución) de un acto administrativo, ejecución que, por lo demás, no le corresponde a dicha autoridad, sino a una autoridad jurisdiccional. Confunde, pues, el juez *ad quem*, la lógica tuitiva del proceso de amparo con el requisito previo establecido legalmente para el proceso de cumplimiento, lo que evidentemente no viene al caso. Del mismo modo, resulta errado sostener que se requeriría contar con una estación probatoria, de la cual carece el amparo, para “*verificar lo acontecido en el procedimiento administrativo sancionador*”, toda vez que si bien este extremo ha sido alegado por las emplazadas en su defensa, es evidente que el amparo no puede convertirse en lo que no es (a saber, un contencioso administrativo) que examine todo lo acontecido en el procedimiento sancionador llevado ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Por último, es también desatinado el argumento de la Sala según el cual la demanda resultaría improcedente porque “*las resoluciones cuya ejecución se solicitan son materia de cuestionamiento por EDELNOR en otro proceso de amparo*”. A mi entender, la Sala emplazada aprecia aquí, de modo errado, una supuesta litispendencia donde no la hay, pues la pretensión (*petitum*) discutida en ambos casos no es la misma: así, mientras en el presente amparo se pretende tutelar los derechos fundamentales del sindicato reclamante y de los trabajadores que lo conforman, afectados por una supuesta tercerización fraudulenta, en el proceso de amparo interpuesto por EDELNOR, se pretende anular una decisión administrativa (de la Autoridad Administrativa de Trabajo) que impone a esta empresa una multa y la obligación de incorporar a los trabajadores recurrentes a sus planillas. Sin embargo, el hecho de anular la decisión de la Autoridad Administrativa de Trabajo (si finalmente así se resolviera el último proceso de amparo) en nada afectaría lo resuelto en el presente proceso, pues la circunstancia de que dicha decisión



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



administrativa no sea válida, no enerva en ningún sentido la demostración que se efectúe en el presente proceso de la desnaturalización de la tercerización laboral (principio de verdad material). Por lo demás, la impugnación que se ha realizado en el proceso de amparo incoado por EDELNOR de la decisión de la Autoridad Administrativa de Trabajo se ha hecho en base a argumentos (*causa petendi*) de afectación del debido proceso formal y no por cuestiones sustantivas relacionadas con el fraude en la tercerización que es la causa del presente proceso de amparo. Finalmente, como se examinará luego, la interposición de un amparo posterior, por quien ya había sido demandado en el presente proceso (EDELNOR), intentando la anulación de una decisión administrativa que lo perjudicaba, pero cuyo tema de fondo (la existencia de una tercerización fraudulenta y la incorporación a planillas de los trabajadores afectados) ya se encontraba judicializado, no revela más que una actitud de entorpecimiento y distracción de los organismos jurisdiccionales, encuadrable en la figura del “abuso procesal”.

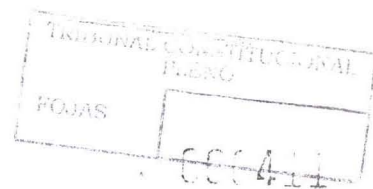
10. En suma, y habiendo resuelto estas cuestiones procesales previas, corresponde entrar a resolver el fondo del asunto.

§3. La tercerización laboral: concepto, justificación y requisitos legales

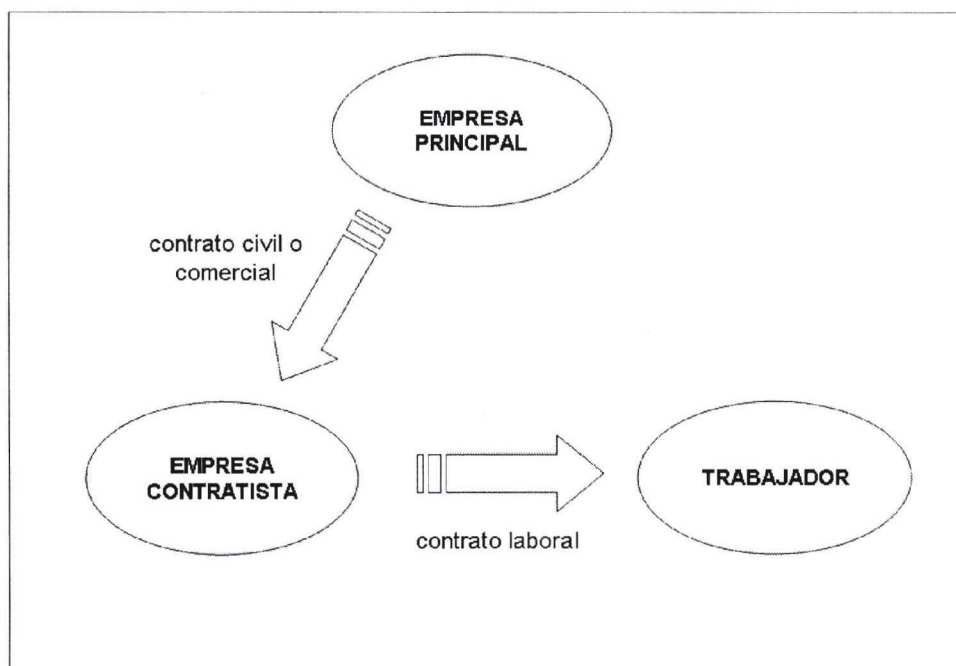
11. La subcontratación o tercerización laboral es una institución jurídica que surge como respuesta a las nuevas necesidades que afrontan las empresas en el actual contexto de la globalización y, particularmente, al fenómeno de la *descentralización productiva* como mecanismo para generar mayor eficiencia y competitividad en el mercado. De este modo, se entiende que en algunas ocasiones resulta más eficiente para una empresa *desplazar* una fase de su ciclo productivo a otras empresas o personas individuales, en vez de llevarla a cabo ella directamente y con sus propios medios o recursos. Así entendida, la tercerización u *outsourcing* constituye una herramienta de gestión que facilita a las empresas o instituciones centrar sus esfuerzos en sus actividades *distintivas*, es decir, en aquellas que conforman su *core business*, evitando el desperdicio de recursos y trabajo en aquellas actividades que, siendo necesarias para el producto o servicio que se ofrece, no las distinguen de manera especial [SCHNEIDER, Ben: *Outsourcing: la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios*, Bogotá, Norma, 2004, p. 47].
12. En consonancia con esta finalidad, el artículo 2º de la Ley N.º 29245, “Ley que regula los servicios de tercerización”, define a esta última como “(...) la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación”.
13. Sobre la base de esta definición legal, es posible pues identificar que, en toda relación de tercerización, existen siempre las siguientes partes contractuales: **a)** la empresa de tercerización o contratista, la cual debe hallarse inscrita en el Registro



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Nacional de Empresas Tercerizadoras, que está a cargo de la Autoridad Administrativa del Trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N.º 29245; y **b)** la empresa principal o usuaria, que es aquella que contrata la realización de la obra o servicio.



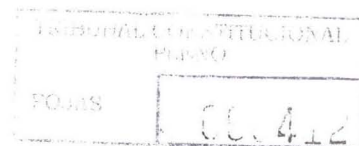
14. Sin embargo, la tercerización o subcontratación laboral no es una institución que pueda asimilarse sin más a una simple provisión de personal, lo que en puridad correspondería más bien a la figura de la intermediación laboral, propiamente dicha. Antes bien, el legislador se ha preocupado por establecer aquellos elementos característicos que definen a la tercerización como tal, y que permiten distinguirla de otras figuras afines, entre los cuales se menciona: **i)** la pluralidad de clientes; **ii)** la dotación de equipamiento propio; **iii)** la inversión de capital; y **iv)** la retribución por obra o servicio (artículo 2° de la Ley N.º 29245)

En concordancia con ello, el artículo 5° de la Ley N.º 29245 señala expresamente que aquellos contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos establecidos en los artículos 2° y 3° de dicha Ley y que impliquen una simple provisión de personal “(...) *originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, así como la cancelación del registro (...)*” de la empresa tercerizadora, antes aludido.

15. Por último, cabe señalar que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N.º 29245, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de junio de 2008 (modificada a su turno por el Decreto Legislativo N.º 1038), así como su correspondiente reglamento (Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, publicado el 12 de septiembre de 2008), la figura de la tercerización laboral estuvo regulada en otras leyes referidas a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



la intermediación laboral (específicamente, la Ley N.º 27626, “Ley que regula la actividad de empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores” y su reglamento, el Decreto Supremo N.º 003-2002-TR, y modificatorias).

16. Asimismo, conviene resaltar que el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 009-2005-TR, prescribe expresamente en su artículo 61º que el empleador en cuyas instalaciones sus trabajadores desarrollen actividades conjuntamente con trabajadores de contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores; o quien asuma el contrato principal de la misma, es quien **garantiza**: a) la coordinación eficaz y eficiente de la gestión en prevención de riesgos laborales; b) la seguridad y salud de los trabajadores; y c) la verificación de la contratación de los seguros de acuerdo a la normatividad vigente efectuada por cada empleador durante la ejecución del trabajo, sin perjuicio de la responsabilidad de cada uno por la seguridad y salud de sus propios trabajadores. Asimismo, se señala que el empleador **vigilará** el cumplimiento de la normatividad legal vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte de sus contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores que desarrollen obras o servicios en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo correspondiente del principal.

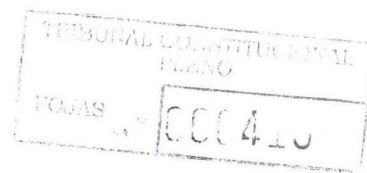
Finalmente, existen también algunas regulaciones sectoriales, como es el caso del Decreto Supremo N.º 005-2008-EM, que reestructura el Registro de Empresas Especializadas de Contratistas Mineros, y el Decreto Supremo N.º 004-2007-TR, que crea el Registro Nacional de Empresas Contratistas y Subcontratistas de Construcción Civil.

17. En el ámbito internacional, es del caso mencionar el fallido intento de aprobación, en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de un proyecto de Convenio Internacional sobre el trabajo en régimen de subcontratación, en 1998. Pese a ello, en 2006, la 95ª Conferencia Internacional aprobó un marco más amplio y general que, con las debidas modulaciones, resulta perfectamente aplicable a las relaciones laborales triangulares surgidas a partir de la tercerización. Se trata de la Recomendación N.º 198, sobre la relación de trabajo [CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Recomendación 198 sobre la relación de trabajo*, 95ª reunión, Ginebra, 2006], cuyas principales líneas directrices, en lo que aquí interesa, podemos sintetizar en los siguientes tres puntos:

- a) La política nacional debería incluir medidas tendientes a **luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas**, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho [CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *op. cit.*, párrafo 4 b)].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



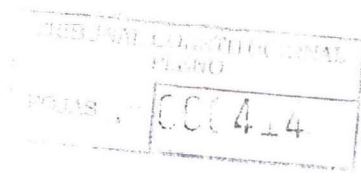
- b) La existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente **de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador**, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes [CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *op. cit.*, párrafo 9].
- c) Los Estados miembros deberían establecer medidas eficaces destinadas a **eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas** [CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *op. cit.*, párrafo 17].

§4. Delimitación de los hechos controvertidos en el presente caso

- 18. El sindicato recurrente afirma en su demanda que tanto CAM PERÚ S.R.L. (la empresa tercerizadora) así como EDELNOR S.A.A. (la empresa principal) han sido objeto de sendas inspecciones laborales por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, al interior de las cuales, según aduce, se ha llegado a demostrar fehacientemente que la tercerización realizada entre ambas empresas se ha desnaturalizado, evidencia en base a la cual solicita que su demanda de amparo sea estimada. Por su parte, las empresas demandadas cuestionan el hecho de que la resolución administrativa cuya exigibilidad se pretende a través del presente proceso, no haya causado estado, al haberse interpuesto contra ella un recurso de nulidad en la vía administrativa.
- 19. Así las cosas, estimo que, a fin de lograr una cabal comprensión de los hechos que rodean al presente caso, es preciso realizar una descripción clara y detallada de los mismos, y en particular, de aquellos que atañen a los procedimientos de inspección laboral que han tenido lugar en sede administrativa. Atendiendo a esta finalidad, considero que tales hechos pueden quedar expuestos de la siguiente manera:
 - Con fecha **27 de noviembre de 2007**, la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Lima - Callao emitió el Informe de Actuaciones Inspectivas de Investigación recaído en la Orden de Inspección N.º 13577-2007-MTPE/2/12.3 (obrante a fojas 104), seguido a la empresa **CAM PERÚ S.R.L.**, a través del cual se constató que existían fundados elementos probatorios que demostraban la existencia de una desnaturalización de la tercerización de servicios en la relación contractual entablada entre las empresas CAM PERÚ S.R.L. y EDELNOR S.A.A., tales como: a) que CAM PERÚ no cuenta con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, al quedar comprobado que utiliza la infraestructura, equipos mobiliarios y servicios que son propiedad de EDELNOR S.A.A.; b) que no existe una plena subordinación de los trabajadores de la empresa inspeccionada, al estar en muchos casos supeditados a órdenes o directivas de la empresa EDELNOR S.A.A.; c) que la empresa inspeccionada no asume las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, entre otros. En base a todo ello, la Dirección Regional de Trabajo concluyó que era de aplicación al caso lo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



dispuesto en el artículo 4-B del Decreto Supremo N.º 003-2002-TR, agregado por el Decreto Supremo N.º 020-2007-TR. Asimismo, este informe recomendó la emisión de una orden de inspección similar para la empresa EDELNOR S.A.A.

- Siendo ello así, con fecha **24 de abril de 2008**, la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo expidió el Informe de Actuaciones Inspectivas recaído en la Orden de Inspección N.º 3870-2008-MTPE/2/12.3 (obrante a fojas 120), seguido a la empresa **EDELNOR S.A.A.**, a través del cual se volvió a verificar la desnaturalización antes aludida. Asimismo, este informe constató que la empresa inspeccionada no había cumplido con la medida inspectiva de requerimiento adoptada con fecha 17 de abril de 2008, referida al registro de trabajadores en planillas y entrega de boletas de pago, razón por la cual se resolvió elaborar el Acta de Infracción N.º 1281-2008-MTPE/2/12.3 (obrante a fojas 134), que propuso la imposición de una multa para la mencionada empresa.
- En vista de ello, con fecha **21 de mayo de 2008**, la Tercera Sub Dirección de Inspección Laboral resolvió iniciar procedimiento sancionador a la empresa EDELNOR S.A.A. conforme a lo establecido en el inciso a) del artículo 45º de la Ley N.º 28806 (Exp. N.º 396-2008-MTPE/2/12.330), ordenando la notificación del Acta de Infracción correspondiente a la referida empresa, a fin de que presente los descargos que estimara pertinentes, así como a los trabajadores afectados y a la organización sindical implicada.
- Una vez meritado los descargos, con fecha **30 de junio de 2008**, la Tercera Sub Dirección de Inspección Laboral emitió la Resolución Sub Directoral N.º 681-2008-MTPE/2/12.330 (obrante a fojas 147), que resolvió ordenar a la empresa inspeccionada EDELNOR S.A.A. cumplir con subsanar las infracciones que habían sido materia de sanción, imponiéndole la multa correspondiente. Cabe señalar que esta resolución precisó que los inspectores de trabajo habían procedido conforme a lo establecido en el artículo 47º de la Ley N.º 28806, el cual establece que *“(...) los hechos constatados por los servidores de la Inspección del Trabajo que se formalicen en las Actas de Infracción observando los requisitos establecidos merecen fe, sin perjuicio de las pruebas que puedan aportar los sujetos responsables, en defensa de sus respectivos derechos e intereses (...)”*.
- A su turno, con fecha **10 de septiembre de 2008**, la Dirección de Inspección Laboral, mediante Resolución Directoral N.º 545-2008-MTPE/2/12.3 (obrante a fojas 151), confirmó la Resolución Sub Directoral antes aludida, señalando que *“la misma ha causado estado, toda vez que, contra las resoluciones de segunda instancia, no procede medio impugnatorio alguno al haberse agotado la vía administrativa (...)”*.

20. Posteriormente a ello, se advierte que, con fecha **06 de octubre de 2008**, la empresa EDELNOR S.A.A. presentó un escrito (obrante a fojas 273) a través del cual



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLANO
CC 415

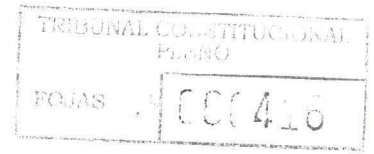
solicitó la nulidad de la Resolución Directoral N.º 545-2008-MTPE/2/12.3 por violar sus derechos al debido procedimiento y de defensa, alegando que la inspección laboral de autos no se había realizado en su empresa, sino en las instalaciones de CAM PERÚ S.R.L., sosteniendo que los inspectores debieron notificar a EDELNOR S.A.A. de las actuaciones seguidas en CAM PERÚ S.R.L. No obstante ello, se aprecia también que, con fecha **19 de febrero de 2009**, la Dirección Regional de Trabajo de Lima emitió el Auto Directoral N.º 005-2009-MTPE/2/12.1 (obranste a fojas 723), a través del cual resolvió declarar *no ha lugar* la solicitud de nulidad formulada por la empresa EDELNOR S.A.A.

§5. Análisis de la controversia. Sobre la desnaturalización de la tercerización de servicios operada entre las empresas EDELNOR S.A.A. y CAM PERÚ S.R.L.

21. De las instrumentales obrantes en autos, se aprecia que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a través de su Dirección de Inspección Laboral, comprobó que la tercerización de servicios efectuada entre las empresas CAM PERÚ S.R.L. y EDELNOR S.A.A. había devenido en fraudulenta, conclusión a la cual llegó luego de seguir los procedimientos establecidos en la Ley N.º 28806, Ley General de Inspección del Trabajo. En mérito a ello, considero que las diligencias efectuadas por dicha autoridad administrativa, en el ámbito de sus competencias, tienen plena eficacia probatoria a los efectos del presente proceso de amparo.
22. Por otro lado, no puedo dejar de manifestar mi total disconformidad con los argumentos vertidos por las empresas demandadas, en el sentido de que la Resolución Directoral N.º 545-2008-MTPE/2/12.3, confirmatoria a su vez de la Resolución Sub Directoral N.º 681-2008-MTPE/2/12.330, no habría causado estado porque *“la empresa ha solicitado la nulidad de dicho pronunciamiento por afectar el debido proceso”*. Al respecto, es evidente que el mencionado “recurso” era uno manifiestamente inoficioso, y ello debido no sólo a que la propia resolución disponía que su mérito agotaba la vía administrativa, sino también por cuanto, la propia Ley N.º 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, dispone en su artículo 49 que el único recurso que cabe contra una decisión sancionadora de la Autoridad Administrativa de Trabajo es el recurso de apelación y el de queja por denegatoria de dicho recurso, no previéndose en ningún momento la aludida “nulidad”. Además, como es conocido, la Ley N.º 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General) no contempla un “recurso” de esta naturaleza a favor los administrados. De ahí que resulte razonable deducir, como lo sostiene la Dirección Regional de Trabajo, que su “interposición” perseguía un fin meramente dilatorio.
23. En términos concretos, de lo observado en las inspecciones y resoluciones emitidas por la Autoridad Administrativa, se aprecia claramente que la relación contractual de tercerización operada entre las empresas EDELNOR S.A.A. y CAM PERÚ S.R.L. ha sido objeto de una desnaturalización, en los términos en que esto viene determinado por la ley de la materia; y ello básicamente, como ya se precisó, pues en dichas inspecciones se determinó: a) que CAM PERÚ no cuenta con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, al quedar comprobado que utiliza la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



infraestructura, equipos mobiliarios y servicios que son propiedad de EDELNOR S.A.A.; b) que no existe una plena subordinación de los trabajadores de la empresa inspeccionada, al estar en muchos casos supeditados a órdenes o directivas de la empresa EDELNOR S.A.A.; y c) que la empresa inspeccionada no asume las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, entre otros. En mérito a dichas actuaciones y a la certeza que las mismas arrojan sobre la desnaturalización producida, **corresponde pues que se estime la demanda y ordene, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 4-B del Decreto Supremo N.º 003-2002-TR, la incorporación de los trabajadores recurrentes a planillas de la empresa EDELNOR.** No obstante ello, luego de estudiar el expediente de autos, he podido advertir el impacto negativo que, al margen de lo que establece la ley, genera el fraude en la subcontratación sobre los derechos fundamentales del sindicato recurrente y de los trabajadores representados por éste, por lo que en lo que sigue ingresaré a realizar un examen más minucioso de la implicancia de la tercerización efectuada en el disfrute efectivo de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a todo trabajador.

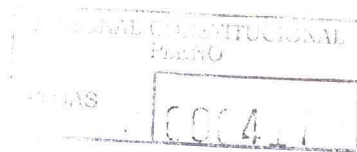
24. Pero, antes de ingresar al análisis de este asunto, es preciso aún pronunciarnos en torno a la pretensión del demandante, referida a la cancelación de los registros de la empresa CAM PERÚ S.R.L. Al respecto, es preciso tener en cuenta que, según el artículo 5º de la Ley N.º 29245, “[l]os contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la presente Ley y que impliquen una simple provisión de personal, originan (...) la cancelación del registro a que se refiere el artículo 8 de la presente Ley, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes” (énfasis agregado). No obstante ello, advierto que, si bien la referida cancelación constituye una consecuencia legalmente necesaria tras la constatación de un supuesto de tercerización fraudulenta, también lo es que su aplicación presupone que la empresa tercerizadora tenga como única cliente a la supuesta empresa principal, pues de lo contrario se estarían afectando las relaciones contractuales conformes a derecho que aquélla mantiene con otras empresas usuarias. En tal sentido, dado que en el presente proceso no se ha aportado ninguna prueba al respecto, que permita imponer una sanción, sin ocasionar mayores perjuicios a otros bienes constitucionales, este extremo de la demanda debe ser declarado improcedente.

§6. Sobre la afectación de los derechos invocados en la demanda, como consecuencia del “fraude a la subcontratación” operado por las empresas CAM PERÚ S.R.L. y EDELNOR S.A.A.

25. Es innegable que la configuración de un supuesto de tercerización fraudulenta, no solo conlleva el incumplimiento de una norma de carácter laboral, sino que implica también, y en lo que interesa al presente proceso de amparo, la afectación de una serie de derechos concretos del sindicato demandante y sus representados, situación que merece ser analizada por este Tribunal y, de ser el caso, debidamente reparada a través de la presente sentencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



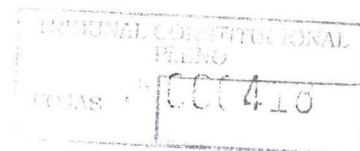
26. En ese sentido, considero que cuando el artículo 4-B del Decreto Supremo N.º 003-2002-TR dispone que la *desnaturalización* de un contrato de tercerización origina que los trabajadores desplazados tengan una relación de trabajo directa con la empresa principal, es porque la ley valora implícitamente que en tales supuestos el objetivo o “justificación subyacente” a la tercerización (consistente en la generación de una mayor competitividad en el mercado a través de la descentralización productiva) no ha sido el (único) móvil de la tercerización efectuada, al haber tenido como un propósito oculto el disminuir o anular los derechos laborales de los trabajadores, cuyo costo es ahorrado así en beneficio de la empresa principal. En dicho contexto, cuando una empresa (principal) subcontrata a otra (tercerizadora), pero sigue manteniendo ella el poder de dirección sobre los trabajadores, y la función o actividad tercerizada se sigue realizando en los ambientes de la empresa principal y con los bienes y recursos de ésta, y por su cuenta y riesgo, resulta evidente que dicha subcontratación no genera ningún margen de eficiencia en la administración o en el ciclo productivo de la empresa principal, quedando sustentada dicha decisión empresarial sólo en la disminución de costos laborales, a través de una maquillada relación contractual empresarial que le permite, sin embargo, entre otras cosas, disminuir las remuneraciones de *sus* trabajadores, recortar los beneficios laborales y condiciones de trabajo ganados por éstos, terminar con su ganada estabilidad en el empleo y romper incluso la fortaleza sindical de la que podían haber estado gozando.
27. Ciertamente, desde un punto de vista constitucional, es claro que, al margen de lo establecido en la ley de la materia, una operación (subcontratación fraudulenta) que no tiene otro fin que el aumento de las ganancias empresariales, a costa de la disminución de los derechos de los trabajadores (y no mediante la búsqueda real de la eficiencia empresarial), se encuentra completamente vedada. Y ello no sólo, porque en este caso desaparece la *finalidad constitucional y legal* que justifica (eficiencia empresarial) la *intervención* en los derechos fundamentales de los trabajadores, que inevitablemente se produce con la utilización de la tercerización, sino porque la finalidad oculta tras el fraude en la subcontratación (las máximas ganancias empresariales a costa de la disminución de los derechos de los trabajadores) representa un supuesto de “*instrumentalización*” de la dignidad de los trabajadores, inadmisibles en el Estado Constitucional.
28. Es por dicha razón que la solución no puede ser otra, como lo prescribe el artículo 4-B del Decreto Supremo N.º 003-2002-TR, que la interdicción de dicha conducta inconstitucional y el reconocimiento de los trabajadores en planillas de la empresa principal, con todos los derechos que les corresponden. El problema, sin embargo, desde una óptica más general, no termina allí.

§7. Sobre la problemática general de la tercerización y la deficiente protección de los derechos fundamentales de los trabajadores.

29. El instituto mismo de la tercerización trae una serie de problemas relacionados con los derechos fundamentales de los trabajadores, en especial con la continuidad en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



trabajo, con las remuneraciones y condiciones de trabajo dignas y con la libertad sindical; los cuales no han sido suficientemente estudiados desde una perspectiva constitucional.

A menudo en nuestro país se ha denunciado a la tercerización como una forma de precarización del trabajo, que afecta los derechos fundamentales e introduce una situación de injusticia al interior de la relación laboral. El impacto de este fenómeno ha sido grande desde su inicio. Así, según estimaciones del Director de la Sociedad Overall Bussiness, aparecidas en el Diario Gestión el viernes 18 de junio de 2004, se tiene que al año 2004, el 30% de las operaciones empresariales en el Perú se encontraban tercerizadas, principalmente en los sectores minero y petrolero, afectando aproximadamente a 600,000 trabajadores [SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: "Efectos laborales de la subcontratación de actividades productivas" (p.13), Ponencia presentada al III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Chiclayo del 29 al 31 de octubre de 2008]. Esta situación se volvió, como es harto conocido, prácticamente insostenible en el sector minero. Así, conforme a datos del año 2006 el nivel de "tercerización" de la fuerza de trabajo en el sector minero era verdaderamente preocupante: de los aproximadamente 109,000 trabajadores del sector, casi 72,000 eran de "contrata" (es decir, el 65 %), mientras que los que trabajan directamente para las empresas mineras sumaban solamente 37,000 (el 35 %). De este modo, por ejemplo en la Compañía Minera Casapalca, de los 1,900 trabajadores que operaban en la mina, sólo 200 aparecían en la planilla de la empresa [Los datos provienen del especial dedicado a la minería peruana publicado por la Revista Bajo la lupa, septiembre de 2007, núm. 1, p. 21]. Como ha dicho Wilfredo Sanguinetti respecto a este fenómeno, "la explicación de esta elevadísima tasa de externalización no parecía encontrarse en la existencia de razones técnicas, productivas o de especialización, sino en motivos de índole más primaria. En especial, en la diferenciación de condiciones de trabajo que por esta vía es posible obtener. Una diferenciación que puede llegar alcanzar en algunos casos el 100 %, como ocurre por ejemplo con la Compañía Minera Shougan, donde un trabajador en planilla ganaba en 2006 alrededor de 47 soles diarios, mientras que otro de contrata podía aspirar a un salario diario de apenas 23" [SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: "Efectos laborales de la subcontratación de actividades productivas", op. cit., p. 13].

Estas estadísticas se vieron confirmadas por fuentes oficiales, cuando según estimaciones del Ministerio de Energía y Minas (MEM), existían hasta el año 2006, 101,192 trabajadores en el sector, de los cuales solo el 36% estaba en la planilla del titular minero, mientras que el 64% restante estaba contratado de manera indirecta por las "services". En la gran minería, la proporción era muy parecida: el 60% del personal pertenecía a las "services". Entre los primeros están Cerro Verde, Yanacocha y Barrick, todas con más del 70% de su personal en las "services" [Estos datos y el cuadro de referencia se encuentran en el artículo de Humberto CAMPODÓNICO, *Minería: es hora de terminar con el abuso de las services*, de 28 de abril de 2007 (vid. en <http://www.cristaldemira.com/articulos.php?id=1482>)].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLANO
100419

El problema de las deficientes condiciones en que se encontraban los trabajadores en sistemas de subcontratación, parecía verse reflejado también en la siniestralidad que estos trabajadores enfrentaban. Así, de acuerdo a cifras del Ministerio de Energía y Minas, del 2000 al 2006 hubo 437 accidentes fatales en las minas (algo más de 60 muertos/año), de los cuales el 67% laboraba bajo el sistema de las “services” [Ibidem].

| Minería - Número de trabajadores (enero-agosto 2006) | | | | | | |
|--|----------------|----------|--------|-----------|------------|---------|
| Empresas | Empleo directo | Services | Total | % Directo | % Services | % Total |
| Yanacocha | 2925 | 7748 | 10673 | 27% | 73% | 100% |
| Cerro Verde | 1037 | 5166 | 6203 | 17% | 83% | 100% |
| Doe Run | 3114 | 1113 | 4227 | 74% | 26% | 100% |
| Barrick | 1025 | 3093 | 4118 | 25% | 75% | 100% |
| Southern | 2572 | 1063 | 3635 | 71% | 29% | 100% |
| Antamina | 1444 | 2152 | 3596 | 40% | 60% | 100% |
| Shougang Hierro | 1570 | 307 | 1877 | 84% | 16% | 100% |
| Tintaya | 746 | 780 | 1526 | 49% | 51% | 100% |
| Total Gran Minería | 14433 | 21422 | 35855 | 40% | 60% | 100% |
| Mediana Minería y otros | 22057 | 43280 | 65337 | 34% | 66% | 100% |
| TOTAL MINERÍA | 36490 | 64702 | 101192 | 36% | 64% | 100% |

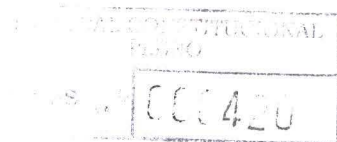
Fuente: Ministerio de Energía y Minas

Con el objeto de conocer la situación actual en la que se encuentra el ejercicio de los derechos fundamentales laborales ante el fenómeno de la tercerización, este Colegiado solicitó mediante un Cuestionario dirigido al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (resolución de fecha 23 de marzo de 2011), la remisión de información, básicamente referida a tres puntos principales: i) información acerca de las empresas y número de trabajadores que realizan actividades de tercerización, el sector al que pertenecen y su evolución en los últimos cinco años; ii) información acerca de empresas que vienen incurriendo en fraude en la tercerización; e iii) información acerca del cumplimiento y grado de seguimiento de las órdenes del Ministerio de Trabajo que disponen sanciones a estas empresas y la incorporación de trabajadores a planillas.

No obstante la escasa (y poco sistematizada) información con que cuenta el Ministerio de Trabajo respecto a los dos últimos puntos objeto del Cuestionario, puede destacarse de dicha información que, de acuerdo al documento “Relación de empresas de tercerización según planilla electrónica de marzo de 2011-SUNAT”, en la actualidad, y sin contar las empresas que se dedican a la intermediación laboral, a nivel nacional son 314 las empresas que están en el rubro de tercerización. Por otro lado, del documento “Trabajadores en el sector privado”, se aprecia que, a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



diciembre de 2010, el número de empresas en el sector privado ascendía a 212,075, por lo que el número de empresas de tercerización (que a esa fecha ascendía a 273) representaba un 0.13% del total de empresas del sector privado. La diferencia con las cifras recogidas en el año 2006 (donde el porcentaje se calculaba en 30%) estriba que en dicha cifra se recogen todas las formas de subcontratación y no sólo la tercerización.

Otro dato importante, a la par que preocupante para lo que aquí importa, es la evolución en el último año de los trabajadores involucrados en el sistema de tercerización. Así, según el documento “Trabajadores en el sector privado en empresas de tercerización por meses, según actividad económica”, se observa que durante el año 2010, el número de trabajadores que laboran para empresas de tercerización ha ido en aumento; de este modo, mientras a mayo de 2010 el número de trabajadores era 27,974, a diciembre de ese mismo año, el guarismo llegó a 56,278; es decir, el aumento registrado fue casi en un 100%. Esta última cifra es para ser tomada en cuenta, si atendemos al hecho de que cuando se inició en nuestro país el fenómeno de la subcontratación de empresas, la mayoría de empresas utilizaba la figura de la intermediación, pues era la que reconocía nuestro ordenamiento jurídico, regulándose recién la tercerización a partir del año 2008, cuando se expidió la Ley que rige los servicios de tercerización, Ley N.º 29245. La habilitación contenida en esta ley, en el sentido de que cualquier actividad puede ser sujeta a tercerización, parece a la luz de los datos aquí recogidos, estar incidiendo en el aumento progresivo de la utilización de esta forma de subcontratación empresarial.

Con respecto al segundo extremo del pedido de información, el MTPE ha remitido a este Colegiado un conjunto de actas de infracción que revelan una mala utilización de la tercerización, en una cifra ciertamente alarmante. Así, sólo en el año 2010, y sin contar con todas las actas de infracción a nivel nacional, el MTPE ha levantado 13 actas de infracción contra 12 empresas diferentes, por diversos motivos, que incluyen tercerización fraudulenta, tercerización desnaturalizada, intermediación prohibida, intermediación ilegal, entre otros.

30. Constatada entonces la cada vez mayor utilización de esta forma de subcontratación empresarial, y su incidencia mucha veces negativa sobre los derechos fundamentales de los trabajadores, estimo conveniente ingresar al análisis de la problemática general que reviste la tercerización laboral, en tanto que figura jurídicamente permitida en nuestro ordenamiento, así como de los efectos que ella genera (o puede generar) sobre los derechos fundamentales de los trabajadores, en un intento de dar respuesta a los problemas detectados y a las varias interrogantes que, en la evaluación del presente caso, han llamado mi atención.
31. En ese sentido, es preciso anotar que un importante sector de la doctrina ha puesto de manifiesto que la tercerización laboral, aún en aquellos casos en los cuales no se está frente a un supuesto de fraude, conlleva siempre una afectación a determinados derechos laborales, individuales y colectivos, de los trabajadores involucrados en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
LIMA
15-06-2010
000422

dichas operaciones, tanto de la empresa principal así como de la contratista. Dicha afectación se hace patente en asuntos tan variados como la estabilidad laboral, la equidad en la remuneración, los derechos sindicales, entre otros.

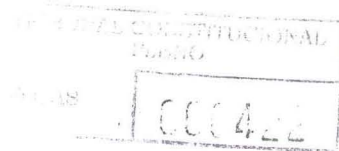
32. Así por ejemplo, en el ámbito de las **condiciones de empleo y remuneración**, se ha destacado que habitualmente la situación laboral de los trabajadores de la contratista es precaria, existiendo jornadas de trabajo menores y discontinuas, así como modificaciones de prestaciones económicas o servicios sociales ya obtenidos [ERMIDA URIARTE, Oscar y Natalia COLOTUZZO: *Descentralización, tercerización, subcontratación*, Lima, OIT, 2009, p. 71]. Al respecto, se ha puesto de relieve que esta realidad es una consecuencia directa del hecho de que el proceso de tercerización tenga como principal objetivo la reducción de costes económicos de las empresas. Dicho proceso de abaratamiento de la producción, dentro de la que se incluye el *factor trabajo*, recae sobre las empresas auxiliares o contratistas, que se ven obligadas a ser las más competitivas posible para ser contratadas y, en este proceso, se procura abaratar al máximo el coste de trabajo, reduciendo las condiciones laborales, que suelen ser sensiblemente menores a las que se disfrutaban en las empresas que se descentralizan [GORELLI HERNÁNDEZ, Juan: *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, Madrid, Grupo Difusión, 2007, p. 66]. Desde luego, esto ocasiona una “*precarización*” de las condiciones de trabajo de estos trabajadores respecto del personal de la empresa principal, lo que se acentúa por la falta de aplicación a los primeros del convenio colectivo al que se encuentran sujetos los segundos, ya sea por tratarse de un convenio colectivo de empresa, o debido a que eventualmente la especialización de la empresa contratista hace que quede fuera de su ámbito funcional de aplicación en aquellos casos en que estemos ante un convenio celebrado a nivel de rama o sector de actividad [ERMIDA URIARTE, Oscar y Natalia COLOTUZZO: op. cit., p. 71].

En el caso de autos, por ejemplo, se aprecia que esta rebaja en las condiciones laborales como producto de la tercerización intentó paulatinamente ser revertida a través de convenios colectivos celebrados entre la empresa CAM PERÚ S.R.L y la mayoría de sus trabajadores (vid. Convención Colectiva de Trabajo, de fecha 23 de noviembre de 2001), así como en los propios contratos de trabajo celebrados entre ambas partes, en las cuales se reconocía que CAM PERÚ S.R.L. aceptaba continuar otorgando a los trabajadores las condiciones remunerativas y condiciones de trabajo que venían percibiendo en la empresa EDELNOR S.A.A., e incluso, asumiendo la obligación de otorgarles un incremento remunerativo equivalente al que pudiera percibir por negociación colectiva un trabajador de esta última empresa.

33. Asimismo, en relación a la **estabilidad laboral**, se ha puesto de relieve, con razón, que la externalización, no sujeta a ninguna exigencia causal, permite fundamentar la conversión de puestos *permanentes* en *temporales*, lo que es lógica consecuencia del hecho de que la vigencia de la relación de trabajo del personal al servicio de la empresa contratista deja de estar sujeta exclusivamente a las vicisitudes del desenvolvimiento de la actividad productiva de la empresa principal, para vincularse también a las relaciones entre la contratista y esta última (vale decir, a la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



temporalidad del contrato civil o comercial pactado entre ambas), convirtiéndose así el término de la contrata en un motivo susceptible de ser alegado para la extinción de los contratos laborales, pese a que la actividad que realicen siga siendo necesaria para la empresa principal [SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?”, en *Revista de Derecho Social*, Editorial Bomarzo, N.º 33, 2006, pp. 219-258].

A pesar de que este supuesto no se haya configurado en el caso de autos, no hace falta ahondar demasiado para advertir que, en la generalidad de los casos, los trabajadores de las empresas tercerizadoras, que han sido contratados a tiempo indeterminado, poseen en realidad una estabilidad laboral “incierta”, pues la misma depende siempre de las vicisitudes del contrato mercantil que une a la principal con la contratista.

34. No menos preocupante es el impacto que la tercerización genera sobre los **derechos sindicales** de los trabajadores involucrados en estas relaciones triangulares. En efecto, la posibilidad de que la empresa principal contrate a otras empresas para la prestación de un servicio, y no a otros trabajadores de forma directa, convierte a aquélla en una suerte de empresa “fantasma” o “vacía”, con el consecuente debilitamiento de la acción colectiva de sus trabajadores [ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo: *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*, Lima, Palestra, 2006, p. 105]. Lo propio sucede con las personas que laboran para la empresa contratista, cuya actividad sindical se ve mermada al no contar con representación directa ante la empresa principal, así como por estar imposibilitados de encargar su defensa a algún sindicato de rama o actividad, cuyo ámbito difiere en todo caso de la labor especializada atribuible a la contratista.

Este panorama adverso a la libertad sindical se aprecia con mayor nitidez si vemos que, en el presente caso, el sindicato recurrente estuvo imposibilitado de constituir una sección sindical en la empresa CAM PERÚ S.R.L., bajo el argumento de que el SUTREL era un sindicato de rama de actividad del sector eléctrico, al que no pertenecía la mencionada empresa, al ubicarse ésta en el rubro de servicios. Dicha postura fue compartida por la Autoridad Administrativa de Trabajo en varias resoluciones, tales como el Auto Sub Directoral N.º 002-2007-MTPE/2/12.210 (Exp. N.º 213678-2005-DRTPEL-DPSC-SDNC), su fecha 17 de enero de 2007, emitida por la Sub Dirección de Negociaciones Colectivas (obrante a fojas 297), y su confirmatoria, el Auto Directoral N.º 020-2007-MTPE/2/12.2, su fecha 26 de marzo de 2007, emitida por la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos (obrante a fojas 292); lo cual no obsta apreciar, sin embargo, que dicha negativa limitaba seriamente el derecho de los trabajadores a encontrar una representación sindical adecuada, sobre todo cuando su *real* actividad se efectuaba siempre en el sector eléctrico, y sujeto a las directivas de la empresa EDELNOR, frente a la cual tampoco podían exponer sus reclamos directamente, aún cuando las decisiones de esta última podían afectarlos de diversas maneras.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
BOGOTÁ
CC 420

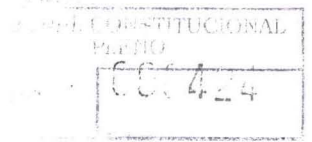
La preocupación por las difíciles condiciones a las que se enfrenta el ejercicio de este derecho fundamental colectivo de los trabajadores en un escenario de tercerización se ve confirmada cuando se aprecian los datos remitidos por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) a este Alto Tribunal. Así, de acuerdo al documento “Empresas de tercerización por año y sindicalizados, según meses” elaborado por el MTPE, a diciembre de 2010, de un total de 273 empresas de tercerización, sólo 20 de ellas contaban con un sindicato, esto es, el 7.3% de dichas empresas; mientras 253 empresas no contaban con ninguna organización sindical. Por otro lado, si evaluamos la situación de la libertad sindical en función al número de trabajadores tercerizados que pertenecen a un ente sindical la situación se agrava, pues de acuerdo al documento “Trabajadores del sector privado en empresas de tercerización por año y sindicalizados, según meses”, de un total de 56,278 trabajadores que laboran en empresas de tercerización a diciembre de 2010, sólo 1017 estaban sindicalizados, es decir, apenas el 1.8%, mientras que los restantes 55,261 trabajadores no pertenecían a ningún sindicato.

Si bien no existe un estudio de campo que precise la relación de causalidad entre las condiciones de inseguridad laboral de la tercerización y la ausencia de sindicatos, resulta claro que la particular configuración de estas relaciones triangulares, como ya se explicó, no sólo inhibe, sino que obstaculiza el ejercicio de la libertad sindical; con la agravante de que dicha ausencia de sindicatos impide la consecución de adecuadas condiciones remunerativas y de trabajo, que es el otro gran problema presente en las empresas tercerizadoras.

35. En el contexto descrito, por lo demás de innegable relevancia constitucional, estimo que el marco normativo aplicable a la figura de la tercerización, actualmente conformado por la Ley N.º 29245 y el Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, representa un avance significativo en la defensa de los derechos de los trabajadores ante la descentralización productiva, en comparación con la normativa laboral precedente. En efecto, la Ley N.º 29245 incluyó, por ejemplo, el reconocimiento de que “la aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores” (artículo 2). Del mismo modo, se previó que esta forma de contratación “no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical, pudiendo en tales casos los afectados proceder a impugnar las prácticas anti-sindicales realizadas” (artículo 7.3 y 4). Igualmente, la norma reconoce el derecho de los afectados a recurrir a las instancias administrativas y judiciales con el fin de solicitar “la verificación de la naturaleza de los contratos sujetos a modalidad de acuerdo con la legislación laboral vigente” o “impugnar la no renovación de un contrato para perjudicar el ejercicio de la libertad sindical y de negociación colectiva o en violación del principio de no discriminación” (artículo 7.4). Otro aspecto crucial, tomado de la Ley de Intermediación Laboral, y que ya se abordó en esta sentencia, fue la inclusión de la previsión contenida en el artículo 5, según el cual “los contratos de tercerización que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



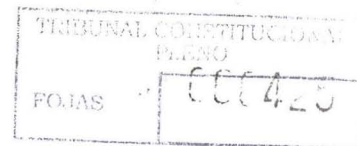
incumplan los requisitos previstos por la ley e impliquen una simple provisión de personal, originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal”. Por último, otra reforma esencial, aunque incompleta como veremos, es la que establece a la “empresa principal como solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados”, aunque solamente para los supuestos de “realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadoras” y “por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado” (artículo 9).

Empero, y con el mismo énfasis, considero que los problemas constitucionales que esta forma de organización empresarial plantea, y que han sido reseñados de manera enunciativa en los fundamentos 32, 33 y 34 *supra*, no se encuentran plenamente resueltos por la legislación existente, la cual presenta, en dichos aspectos, lagunas evidentes. En dicho contexto, resulta imperioso plantearse, con la debida seriedad, si la mentada intervención sobre los derechos fundamentales de los trabajadores, producto de la tercerización, resulta constitucionalmente legítima, con base sólo en la invocación de una mayor eficiencia en la organización empresarial o en el ciclo productivo, o si, por el contrario, dicha ampliación de los mecanismos de productividad empresarial y del ámbito de la libertad de empresa requiere ser equilibrada con una adecuada protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, para poder ser reputada constitucional. De lo que se trata en definitiva es pues saber si la figura de la tercerización puede ser considerada constitucional, tal y como está *funcionando* actualmente, con los requisitos que se prescriben en la ley, o si, por el contrario, resulta imperioso avanzar hacia una regulación más estricta que garantice que en ningún caso los derechos fundamentales se conviertan en un “costo” que puede ser ahorrado en detrimento de los trabajadores.

36. Previamente a dicho examen, sin embargo, es necesario abordar una cuestión previa, que guarda no obstante directa relación con el problema constitucional reseñado en el fundamento anterior y que ha llamado particularmente mi atención. Esta cuestión tiene que ver con el alcance de la obligación de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores afectados por el instituto de la tercerización, esto es: si dicha obligación de protección puede derivarse solamente de un previo establecimiento en la ley, con lo cual el problema se reconduce a una desidia legislativa que deberá ser reparada por las autoridades democráticas competentes en su debida oportunidad, o si la obligación de equilibrar el impacto de la tercerización en los derechos de los trabajadores es *responsabilidad* también de las empresas, al margen de las determinaciones previstas en la ley. Se tratar de escudriñar pues cuál es el grado de responsabilidad (y vinculación) de las empresas con respecto a los derechos fundamentales de los trabajadores, esto es, si sobre dichas empresas recae, paralelamente a las libertades económicas que las amparan, algún o algunos *deberes constitucionales* que estarían en la obligación de cumplir. Este asunto será desarrollado a partir de dos líneas de argumentación, con el objeto adicional de clarificar la medida en que puede hablarse de una relación de *tercerización justa y válida* desde un punto de vista constitucional: i) el tema de la *responsabilidad social*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



de la empresa y ii) el asunto de los *deberes fundamentales* en el Estado Constitucional.

§8. Sobre la responsabilidad social de la empresa en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho.

37. Como este Tribunal ha tenido ocasión de señalar, el contenido esencialmente lucrativo que caracteriza a toda actividad empresarial debe estar necesariamente conectado con la *responsabilidad social* que le corresponde a la empresa en los tiempos actuales. Los efectos que generan las empresas en los distintos ámbitos de la vida social, acentuados por los crecientes procesos de globalización y liberalización económica, han impulsado a que se tomen ciertas medidas razonables a fin de lograr una inserción más pacífica de aquéllas en la sociedad actual. Es así como se ha desarrollado el concepto de “responsabilidad social de la empresa”, la cual, como ha resaltado este Tribunal, está conformada por las dos siguientes dimensiones: una *interna*, relativa al respeto de los derechos laborales de los trabajadores y al clima laboral interno, así como al buen gobierno corporativo; y otra *externa*, que enfatiza las relaciones entre la empresa, la comunidad y su entorno [STC N.º 3343-2007-PA/TC, fundamento 23].

38. Es importante destacar, sin embargo, que este nuevo concepto no obedece a las exigencias del mercado, del marketing empresarial, o acaso de la filantropía, sino que, vista más agudamente, su esencia se relaciona, indesligablemente, con la consideración de un modelo contemporáneo de *comunidad política* que aspira y se ordena bajo *principios éticos* y de *justicia* y que, en el plano jurídico, ha convertido dichas exigencias éticas en *valores, principios y derechos constitucionales*, frente a los cuales las empresas deben responder de diversas maneras.

El modelo de responsabilidad social empresarial supone pues la superación de aquella etapa en la cual las organizaciones mercantiles se justificaban únicamente por referencia a su productividad y a la maximización de sus utilidades, estadio en el cual su rol en la sociedad se veía limitado a la generación de riqueza y a la creación de plusvalía. Antes bien, dicho modelo viene a modificar sustancialmente dicho esquema, al partir de la premisa de que ninguna actividad económica puede desarrollarse al margen de las legítimas expectativas que tiene la sociedad respecto a *bienes* que ella considera valiosos, y que no pueden ser considerados, en ningún caso, como meras *mercancías* intercambiables. Es por ello que, llevado al plano de la valoración constitucional, este modelo viene a plantear el compromiso que han de asumir las empresas con el respeto y la realización de los derechos fundamentales de todos los miembros de la comunidad, con el medio ambiente en el cual ejercen sus actividades y, más generalmente, con el bien común y el desarrollo sustentable de la Nación.

39. En dicho contexto, la responsabilidad social empresarial al margen de las determinaciones y exigencias que alcance en el plano de la ética, debe ser apreciado como un concepto relevante y necesario en el Estado Constitucional, comprensión



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

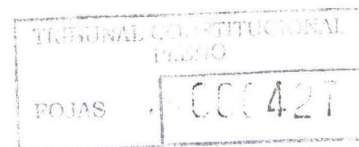
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PERU
000426

que debe dar pie, como es obvio, a la asunción de determinados deberes y responsabilidades por parte de las empresas. Concretamente, estimo que la responsabilidad social de la empresa, en el ámbito jurídico-constitucional, se fundamenta, en las siguientes razones de orden constitucional:

- a) En primer lugar, en la *fuerza vinculante* y la *eficacia directa* de la Constitución. Como ha sostenido este Tribunal en reiteradas ocasiones, el carácter distintivo que adquiere la Constitución en nuestros días, a diferencia de aquellas otras constituciones del siglo XVIII o XIX, es su carácter normativo y su categoría de *derecho directamente aplicable*; es decir, su capacidad de erigirse no sólo como marco justificativo o norma inspiradora del ordenamiento jurídico (*Norma Fundamentadora*), sino como norma capaz de regular directamente determinadas situaciones jurídicas (*Norma Fundamental*) [STC N.º 0228-2009-PA/TC, fundamento 17]. A diferencia de otros tiempos donde la Constitución valía en el marco de aquello que era desarrollado o concretizado por la ley, hoy ella misma ostenta fuerza normativa, la cual incluso se impone sobre la ley o se proyecta al margen de ella. Tiene pues la Constitución en nuestros días una verdadera vocación *práctica*, que se patentiza no sólo en la sujeción de todas las autoridades públicas a los mandatos, valores y principios que se derivan de ella, sino en la vigencia que ella pretende alcanzar en todo orden de relaciones llevadas a cabo en el seno de la sociedad. Esta eficacia directa nos permite afirmar pues, para lo que aquí interesa, que el ámbito de la empresa, tradicionalmente reservado como un espacio privado de mero ejercicio de intereses económicos, también se encuentra *determinado* por los mandatos que la Constitución contiene, en especial los que suponen el ejercicio de los derechos fundamentales.
- b) En segundo lugar, y derivado de lo anterior, la responsabilidad social empresarial, en tanto contenido esencial del Estado Constitucional, también se deriva de la tesis, asumida por este Colegiado, de la eficacia *horizontal* de los derechos fundamentales. De acuerdo a ésta, los derechos fundamentales no sólo suponen un “coto vedado” o ámbito de irreductible limitación para los poderes públicos, sino también, y de modo especial, para los *poderes privados*. Como ha sido destacado también por este Tribunal, dicha consideración se sostiene en el hecho de asumir, con realismo, que el ámbito privado, de las formaciones sociales o de la empresa no es un espacio de desenvolvimiento natural de la libertad o de la autonomía, sino por el contrario, que puede ser un lugar donde dicha libertad se halle continuamente amenazada, merced a la sujeción (sustentada en un poder) que una persona (natural o jurídica) puede ejercer sobre otra [STC N.º 0228-2009-PA/TC, fundamento 25]. Es en dicho contexto, que la responsabilidad social no supone otra cosa, si no el reconocimiento por parte de las empresas del límite que su actividad económica (y el poder que en virtud de ella ostentan) encuentra en el ámbito irreductible de los derechos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



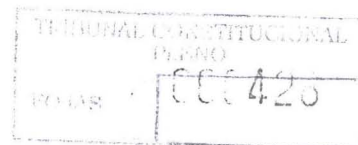
- c) En tercer lugar, y de modo más categórico, la responsabilidad social empresarial se fundamenta en la responsabilidad que todo ente público o particular tiene, ineluctablemente, con el valor supremo en que se sostiene todo Estado Constitucional: la *dignidad humana*. Así se desprende del enunciado inscrito en el artículo primero de nuestra Carta Magna, el cual concluyentemente prescribe que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el **fin supremo** de la **sociedad** y del Estado” (resaltado nuestro). Este mandato, en la comprensión amplia que le ha brindado este Tribunal, no supone sólo la preservación de un ámbito físico y psíquico indispensable para la existencia humana, sino la presencia de un conjunto de libertades y medios materiales necesarios para desarrollar en el grado máximo las potencialidades y vidas valiosas que cada persona desee tener. Ello exige, de modo inexorable, no sólo un esquema complejo de obligaciones para el Estado [STC N.º 2945-2003-AA/TC, fundamentos 17-22], sino también un conjunto amplio de responsabilidades para la sociedad en general [STC N.º 2945-2003-AA/TC, fundamentos 23-25] y para las empresas en particular, fundados también en el principio de solidaridad.

En este contexto, la dignidad humana, entendida como *respeto*, pero también como *posibilidad material* de ejercicio de una vida valiosa, impone sobre la sociedad, los particulares y las empresas *responsabilidades más amplias* que las que imponía una comprensión de ella sólo en términos de no interferencia. Este cambio radical en la concepción de la dignidad humana (y que ha sido asumida también por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), no supone, desde luego, que todas las personas (entre ellas las empresas) tengan que velar por el disfrute permanente y más amplio de las libertades y bienes esenciales de todas los miembros de la comunidad (o básicamente de quienes no las poseen), y ello porque una obligación tal recortaría gravemente nuestra posibilidad misma de llevar adelante nuestros propios planes de vida; sin embargo, dicha concepción obliga, amén de respetar los derechos negativos que toda persona ostenta, a *llevar a cabo* ciertas acciones que tomen en cuenta dicha comprensión plena de la dignidad humana. De este modo, esta nueva comprensión *amplía* no sólo el *conjunto* de derechos y bienes que la empresa debe respetar, como parte de su responsabilidad social (como el derecho a la salud y seguridad en el trabajo, el derecho al medio ambiente adecuado y equilibrado, o el derecho a remuneraciones justas y condiciones dignas de trabajo), sino que extiende las *formas* de las medidas que la empresa debe adoptar para impedir la afectación de dichos derechos y libertades básicas (en adelante este contenido se desarrollará en el marco del “deber de diligencia” contenido en los documentos de la ONU sobre la responsabilidad de las empresas frente a los derechos humanos).

La responsabilidad social empresarial, en el marco amplio de comprensión constitucional (valorativa y normativa) de la dignidad humana, supone pues para las empresas la obligación de considerar, a la par de sus legítimas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

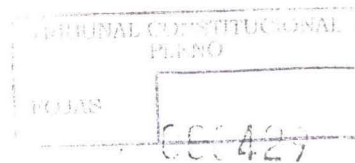


expectativas económicas, las implicancias que su actividad puede tener en los distintos ámbitos que componen la dignidad de la persona, llevando a cabo de ser el caso, y dentro de sus posibilidades, *acciones positivas* para *no dañar* ningún ámbito de dichos componentes esenciales. Un accionar contrario, que maximiza los beneficios económicos de la empresa al margen o, peor aún, a costa de la dignidad humana, supondría convertir a la persona en un mero “objeto” al servicio de los fines de otros, sustrayéndolo del “*reino de los fines*” en que el principio kantiano de la dignidad siempre ha intentado colocarlo.

40. Lo dicho anteriormente cobra especial relevancia en un escenario, globalizado y de libre comercio, donde las empresas han adquirido una enorme preponderancia, tanto directa como indirectamente, en la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, y cuya satisfacción fuera, en otro tiempo, una competencia exclusiva del Estado. En este escenario de “*dependencia*” de los derechos respecto a la actividad económica de las empresas, resulta evidente que a estas últimas les toca asumir un rol protagónico en la realización de los mismos, apartándose de una visión estrictamente economicista o utilitaria de su objeto social. La responsabilidad social empresarial supone, en este contexto, aceptar que el compromiso con los derechos no es un asunto que hoy por hoy, quepa dejar sólo en cabeza del Estado, desconociendo la enorme *incidencia* que tiene la empresa privada en su vigencia y disfrute efectivo.
41. En el ámbito internacional, la responsabilidad social empresarial ha sido materia de un importante desarrollo, el mismo que, a pesar de estar plasmado en instrumentos que no revisten carácter vinculante, constituye empero una importante herramienta *interpretativa* a efectos de dotar de contenido al concepto en cuestión. Estos parámetros han sido incluidos en mecanismos de derecho no vinculante (como las Líneas Directrices de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico-OCDE o la Declaración Tripartita de la OIT de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social) o, incluso, provienen de iniciativas voluntarias (como es el caso del Pacto Mundial de las Naciones Unidas), por lo que revisten el carácter de normas de *soft law*, vale decir, de guías que sin dejar de tener un efecto jurídico, no terminan por vincular a los Estados, representando su contenido un código de conducta que carece de coerción y ejecutabilidad.
42. Al respecto, resulta de interés mencionar la labor emprendida por el **Representante Especial del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales**, cuyo mandato figura en la Resolución 2005/69, de 20 de abril de 2005, emitida por la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/2005/L10). Los informes elaborados por este Representante han ido perfilando progresivamente el ámbito de aplicación de la responsabilidad social empresarial en el actual contexto de la globalización. Así por ejemplo, en su informe correspondiente al año 2008 [*Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, A/HRC/8/5, de 7 de abril de 2008, párrafo 9], el Representante Especial ha establecido un marco triádico de responsabilidades diferenciadas pero complementarias, en torno a la problemática de las empresas y los derechos humanos, compuesto por los siguientes principios:

- En primer lugar, el deber del Estado de **proteger** contra los abusos de derechos humanos cometidos por agentes no estatales, en particular las empresas, que afecten a las personas que se encuentren en su territorio o jurisdicción.
- En segundo lugar, la responsabilidad de las empresas de **respetar** los derechos humanos, y no sólo las leyes nacionales.
- Y finalmente, la necesidad de contar con **recursos efectivos**, lo que incluye mecanismos de investigación, sanción y reparación de los abusos cometidos.

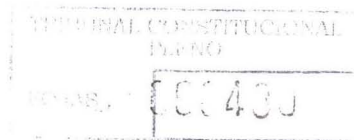
En cuanto a la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos (segundo principio), el mencionado informe destaca que el “*no causar perjuicio*” no es una obligación simplemente pasiva de las empresas, sino que puede conllevar eventualmente *medidas positivas*, como sucede cuando una política contra la discriminación en el lugar de trabajo requiere que la empresa adopte programas específicos de contratación y formación de personal [*Proteger, respetar y remediar...*, op. cit., párrafo 54].

En ese sentido, el informe reconoce a la **debida diligencia** como un componente esencial del mencionado deber empresarial, definiéndola como “*aquel conjunto de medidas que debe tomar una empresa para tener conocimiento, prevenir y responder a los efectos negativos que su actuación produce sobre los derechos humanos*” [*Proteger, respetar y remediar...*, op. cit., párrafo 56]. Esas medidas incluyen: la adopción de una política de derechos humanos al interior de la corporación, medidas de evaluación de los impactos, mecanismos de integración de las políticas en toda la organización, y finalmente, procedimientos de vigilancia y control de las medidas implementadas. Finalmente, el informe señala que la **debida diligencia** no tiene un alcance fijo o inamovible, sino que puede variar según las circunstancias, por lo que, para determinarlo, las empresas deberán tener en cuenta los siguientes factores: a) el contexto del país en el que tienen lugar sus operaciones; b) los efectos de sus actividades sobre los derechos humanos según el contexto; y c) **si pueden contribuir al abuso de los derechos por medio de relaciones vinculadas** (es decir, en su relación con sus socios mercantiles, proveedores, organismos estatales y otros actores no estatales) (resaltado nuestro).

43. Por su parte, el **Pacto Mundial de las Naciones Unidas**, que constituye una iniciativa voluntaria propuesta en 1999 por el Secretario General de las Naciones Unidas, persigue como objetivo integrar a las empresas en la construcción de un marco social y medioambiental que garantice a todas las personas la oportunidad de compartir los beneficios de la nueva economía globalizada. Dicha iniciativa, que a la fecha cuenta con más de 8000 empresas participantes, se organiza alrededor de diez



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



principios básicos de aceptación universal, los cuales se fundan en convenciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, derechos laborales, protección del medio ambiente y lucha contra la corrupción. En concreto, tales principios son los siguientes:

En materia de derechos humanos:

- i. Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales internacionalmente reconocidos dentro de su ámbito de influencia
- ii. Las empresas deben asegurarse de no ser cómplices en la vulneración de los derechos humanos

En materia laboral:

- iii. Las empresas deben apoyar la libertad de afiliación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva.
- iv. Las empresas deben apoyar la eliminación de toda forma de trabajo forzoso o realizado bajo coacción
- v. Las empresas deben apoyar la erradicación del trabajo infantil.
- vi. Las empresas deben apoyar la abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y la ocupación.

En materia medioambiental:

- vii. Las empresas deben mantener un enfoque preventivo orientado al desafío de la protección medioambiental
- viii. Las empresas deben adoptar iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental.
- ix. Las empresas deben favorecer el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medio ambiente

En materia de lucha contra la corrupción:

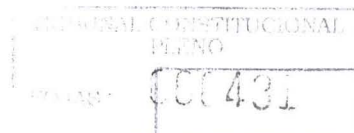
- x. Las empresas deben luchar contra de la corrupción en todas sus formas, incluidas la extorsión y el soborno.

44. Por su parte, en su dimensión ética, conforme lo ha señalado la Comisión Europea, la responsabilidad social “no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá de su cumplimiento invirtiendo ‘más’ en el capital humano, el entorno y la relaciones con los interlocutores” [COMISIÓN EUROPEA: *Libro Verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, COM/2001/0366 final, del 18 de julio de 2001, párrafo 21].

45. En base a todo lo expuesto, bien puede sostenerse que, no obstante el elemento *voluntario* que ostenta la responsabilidad social empresarial en su dimensión ética, su inserción en el Estado Constitucional, bajo la comprensión de una Constitución normativa y de unos derechos fundamentales que gozan de una eficacia horizontal, convierte a dicha responsabilidad en un asunto de innegable *relevancia*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



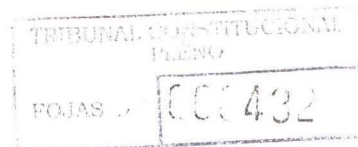
constitucional, y en mérito a ello, de necesaria exigibilidad ante los tribunales cuando su inobservancia lleva aparejada una afectación a los derechos fundamentales, habida cuenta de su capital importancia para lograr los fines que interesan a toda comunidad política. Por ello, a mi juicio, el cumplimiento efectivo y de buena fe de la responsabilidad social empresarial, en los términos en que ésta ha sido expuesta en los fundamentos precedentes, se constituye en un auténtico **deber constitucional**, concepto éste que, como veremos a continuación, presupone virar la incidencia en el estudio del fenómeno constitucional, desde los derechos que nos corresponden a todos en cuanto miembros de una comunidad política, hacia la apreciación de los deberes que igualmente nos toca asumir como integrantes de esa misma sociedad políticamente organizada.

§9. Sobre los derechos y los deberes en el Estado social y democrático de derecho

46. Es un hecho innegable que, con el nacimiento del Estado liberal de Derecho, se inauguró en la historia de la humanidad un capítulo signado por la presencia avasalladora de los derechos de la persona, por encima de sus deberes. Así, en su intento por limitar y orientar el poder absoluto de la ley, el discurso de los derechos ha tenido por virtud elevar a la persona humana y a su dignidad como valores supremos y justificación misma del Estado moderno. A partir de entonces, los derechos se han caracterizado por exhibir una extraordinaria fuerza expansiva que inunda, impregna o irradia sobre el conjunto del sistema, intentando dar respuesta a los problemas más diversos que surgen en la vida en sociedad [PRIETO SANCHÍS, Luis: “El constitucionalismo de los derechos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24, Núm. 71, mayo-agosto 2004, p. 51].
47. Entre tanto, la idea de los deberes ha permanecido comúnmente postergada tanto en la doctrina así como en la práctica de los tribunales, pasando a ocupar un lugar marcadamente secundario en relación a la aludida prevalencia de los derechos. Aunado a ello, su simple entendimiento como razones para restringir derechos y libertades –o lo que es lo mismo, como necesario correlato de los mismos (“a todo derecho, un deber”)–, ha ocasionado que los deberes constitucionales carezcan de una entidad propia pasible de ser exigida de manera autónoma con miras a resolver los casos concretos que se presentan en la realidad.
48. En verdad, no ha sido sino con el advenimiento del **Estado Social de Derecho** que el papel de los deberes ha cobrado una vital importancia, al constatarse que los postulados que dicho modelo político plantea al Estado, así como a los particulares, difícilmente podrían materializarse sin el auxilio de algunas necesarias pautas de comportamiento que permitan o faciliten la convivencia humana y el desarrollo de la sociedad. Y es que si, como este Tribunal tiene dicho, el Estado social y democrático de Derecho se funda en la idea de que la expansión de las libertades humanas presupone la creación de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real [STC N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 11], resulta a todas luces evidente que cualquier acción del Estado encaminada a crear dichas condiciones se vería seriamente frustrada de no mediar el concurso de algunos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



deberes que resulten jurídicamente exigibles a los poderes públicos y a los particulares a partir de la Constitución.

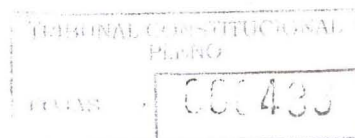
49. Desde luego, una concepción tal de la sociedad y de la política implica asumir como una premisa fundamental el que las relaciones interpersonales en una determinada comunidad se rigen bajo el **principio de solidaridad**, cuyo reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico ha de encontrarse en el artículo 43° de la Constitución. Dicho principio, ha resaltado este Colegiado, conlleva admitir como un ideal la creación de un nexo ético y común que vincule a todos quienes integran una sociedad política y que genera, consecuentemente, dos imperativos básicos: por un lado, el *deber* de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común, y por el otro, el *deber* del núcleo dirigencial de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes [STC N.º 2016-2004-AA/TC, fundamento 15].
50. De este modo, los deberes del individuo y los de la clase política confluyen entre sí en un todo armónico dentro del cual no existe una separación radical entre el Estado y la sociedad, cual si se tratase de dos compartimientos estancos. Bien diversamente, ambos actores participan en la *res pública* en igualdad de condiciones y potestades, pero al mismo tiempo, compartiendo obligaciones recíprocas e irrenunciables autoasumidas por la comunidad en el marco de un diálogo ideal intersubjetivo [DE ASÍS ROIG, Rafael: *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 112-114]. Por ello, el principio de solidaridad, como principio normativo característico del Estado social, no es incompatible –antes bien, al contrario– con una visión activa de la ciudadanía, en la cual los individuos toman conciencia de que su protagonismo activo en la vida pública no se concreta sólo en el control del ejercicio de los poderes, sino también en asumir las cargas, responsabilidades y deberes que se derivan de la existencia de tal vida pública [DE LUCAS, Javier: “La polémica sobre los deberes de solidaridad. El ejemplo del deber de defensa y su posible concreción en un servicio civil”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N.º 19, septiembre-diciembre 1994, p. 13].
51. Así pues, la proyección teleológica del principio de solidaridad sobre el Estado social y democrático de Derecho permite afianzar la idea de que los derechos del individuo no son excluyentes de los intereses de la sociedad y que, en esa medida, no es posible alcanzar la realización de los unos sin el concurso de los otros. Por eso, el programa político del Estado social de Derecho no puede tener otro derrotero que no sea aquél de procurar la integración social, conciliando los legítimos intereses de la comunidad con los no menos legítimos intereses de la persona, cuya defensa y respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1° de la Constitución) [STC N.º 0048-2004-AA/TC, fundamento 4].

§10. De la preponderancia de los derechos a un constitucionalismo de deberes

52. En un contexto en el cual los derechos fundamentales aparecen como la razón última que justifica la existencia del Estado, no sorprende que aquéllos hayan sido



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

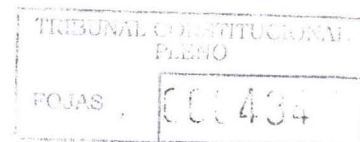


elevados a la categoría de verdaderas conquistas históricas. Por lo demás, su progresiva inclusión en las constituciones ha contribuido decisivamente a redefinir el estatus normativo de estos últimos, a la par que centralizar el debate público en torno a la dignidad de la persona humana y la protección de sus intereses individuales. Y así, como ha enfatizado Bobbio, en el *tiempo de los derechos* el problema de la moral deja de ser enfocado desde la perspectiva de la sociedad, y pasa a ser visto principalmente desde el punto de vista del individuo [BOBBIO, Norberto: *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 105].

53. De ahí que, en el anotado contexto, no pueda extrañar que la entidad de los deberes haya quedado significativamente reducida a un contenido mínimo, cuando no retórico, consistente en aparecer como el lógico y necesario correlato de aquellos derechos que se juzgan prevalentes (*teoría de la correlatividad*). En consonancia con esta idea, el deber es entendido primordialmente como una limitación o intervención externa (y “extraña”) a la esfera de libertad general de acción de las personas, razón por la cual su justificación no puede ser otra que aquella de respetar o “no interferir” en los derechos de los demás. En definitiva, pues, los deberes cumplen aquí una *función negativa o limitadora* de “nuestros” derechos (*concepción adversativa de los deberes*).
54. Las exigencias propias del Estado Social de Derecho, no obstante, han planteado la reconfiguración de esta forma de apreciar los deberes. Así, en primer lugar, cuando se observa la necesidad de dar cuenta de ciertos *deberes generales* que, a pesar de no ser el correlato directo e inmediato de algún derecho o interés subjetivo, resultan igualmente indispensables para la organización de la vida en sociedad y, en definitiva, para la satisfacción de los derechos dentro de un esquema político basado en el principio normativo de solidaridad. Tales obligaciones son llamadas, por algún sector de la doctrina, *deberes autónomos*, cuya justificación no se contrapone a la aludida teoría de la correlatividad, sino que la complementa y actualiza a los tiempos actuales.
55. Así pues, se entiende por *deberes* u *obligaciones autónomas* a aquellas pautas de comportamiento que se caracterizan por no engarzar en la relación jurídica de derecho-obligación y que, por ende, no son debidas a favor de un sujeto que titulariza un derecho subjetivo [BIDART CAMPOS, Germán: *Las obligaciones en el Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987, p. 109]. Estos deberes dejan de cumplir pues un rol meramente instrumental respecto a los derechos, y antes bien, se independizan de éstos, adquiriendo una cierta autonomía conceptual que permite fundamentar y afianzar el compromiso de los miembros de la comunidad con el bien común y los fines propios y esenciales del Estado social de Derecho [así cuando se imponen, desde la Constitución, deberes tan generales como “contribuir” al sostenimiento del Estado a través de los tributos, o el deber de preservar la Constitución, el régimen democrático y la forma republicana de gobierno].
56. En segundo lugar, a partir de las exigencias del Estado social de Derecho y de la comprensión de la dignidad en términos más integrales, los deberes adquieren



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



también una dimensión *orientadora* esencial, que complementa aquella que fundamenta la presencia de deberes autónomos. En esta línea, los deberes no aparecen como una exigencia externa o, peor aún, como una imposición (o limitación) extraña a la libertad general de acción de los individuos, sino que más bien se constituyen como una “limitación interna” a nuestra libertad, que parte del hecho de considerar a los otros miembros de la comunidad como portadores de los mismos derechos y libertades que nos pertenecen a nosotros. Así, los deberes representan la concreción normativa de esa obligación que no nace del interés de quien es ajeno y lejano a nosotros, sino del reconocimiento propio que hacemos de la dignidad de quien forma parte, al igual que nosotros, de la comunidad política. De aquí se deducen pues nuestros deberes generales con la máxima realización de la libertad de las personas (el deber de aliviar la pobreza, por ejemplo) y con la consideración de su dignidad al momento de llevar adelante cualquier actividad que pueda incidir en dicha libertad (el deber de diligencia, arriba aludido). Dentro de esta concepción, los deberes no son más una categoría antagónica a los derechos, sino que cumplen fundamentalmente una *función cohesiva* o *armonizadora* del orden social, cuyo sentido de justicia es entendido él mismo como un bien común capaz de generar obligaciones en cabeza de los individuos y, naturalmente, de todos los poderes públicos [PALOMBELLA, Gianluigi: “De los derechos y de su relación con los deberes y los fines comunes”, traducción de M^a Eugenia Rodríguez Palop, en *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, núm. 17, Época II, junio de 2007, p. 134].

57. Esta función cohesiva o unificadora de los deberes, casi siempre inadvertida, se aprecia con más nitidez si apreciamos la contraposición existente entre la *concepción liberal* de los derechos, según la cual éstos son previos a la formación del Estado y, en consecuencia, prevalecen sobre el bienestar o la utilidad generales; y una *concepción republicana* o *liberal igualitaria* de los mismos, según la cual el límite de tales derechos reside en el bien común, entendiéndose que el desarrollo del individuo, de sus derechos y libertades, no puede prescindir del concurso de los demás miembros de su comunidad, respecto de los cuales guarda, en correspondencia, ciertos deberes recíprocos.
58. Desde luego, es claro que nuestra Constitución no adopta ninguno de estos modelos de un modo excluyente, habida cuenta que uno de los presupuestos básicos de una sociedad abierta, pluralista y tolerante, radica en la imposibilidad de imponer verticalmente desde el poder una determinada postura ideológica a los ciudadanos. De cualquier modo, es evidente que el *tiempo de los deberes*, en tanto paradigma derivado de la cláusula del Estado Social, no implica una negación de los derechos individuales, sino que, antes bien, presuponiéndolos, intenta orientarlos dentro del marco de su función propia de armonización de los intereses individuales y colectivos. No se trata, en definitiva, de una ideología impuesta verticalmente, lo que sería inadmisibles en el Estado Constitucional, sino del fomento de las condiciones *coexistenciales* mínimas para la expansión de las libertades y, en última instancia, para la generación de la igualdad material.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



59. Este esfuerzo colectivo reclamado por el principio de solidaridad ha sido reconocido también en el ámbito internacional. Así por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de febrero de 1948, reconoce en su artículo 29 inciso 1 que “[t]oda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”. Más contundente aún es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, la cual reconoce, en el segundo párrafo de su Preámbulo, que “[e]l cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”.
60. En suma, y en orden a las consideraciones expuestas, estimo que la justa medida de los *deberes* en el Estado Social y Democrático de Derecho se concretiza en tres exigencias básicas, a saber: i) servir a la cohesión de la sociedad, a través de la promoción del bien común; ii) procurar la máxima expansión de la libertad y la igualdad material de todos los ciudadanos, a través de la promoción de obligaciones positivas generales; y iii) orientar la propia conducta, corrigiendo el uso no responsable de los derechos, cuando el mismo se halle desconectado de la posible incidencia que puede tener en las libertades de otras personas.
61. Son pues estas tres exigencias de un *constitucionalismo de deberes* las que se encuentran recogidas, por antonomasia, en el concepto jurídico-constitucional de responsabilidad social empresarial, tal y como hemos desarrollado en el apartado §8 de este fundamento de voto. Así, en primer lugar, cuando se ha señalado que este concepto supone el compromiso de la empresa con la comunidad en la cual desarrolla su actividad económica; a la cual no puede dañar en sus condiciones medioambientales, por ejemplo, o con la cual debe contribuir, para sostener más eficazmente la acción estatal en procura del bien común. Del mismo modo, cuando se le exige, como en el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, su contribución a la lucha contra la corrupción y el mantenimiento del sistema democrático.

En idéntico sentido, cuando se ha precisado que la responsabilidad social incluye el compromiso de la empresa con el respeto y realización de los derechos fundamentales de sus trabajadores y de los usuarios o pobladores locales que reciben los efectos de la actividad económica realizada por ésta.

Finalmente, cuando se ha sostenido que bajo este concepto también queda incorporado el “deber de diligencia” que ha de observar la empresa para prevenir y reparar los posibles efectos dañinos que su actividad pueda generar sobre los derechos y libertades de las personas implicadas en su actividad que, como determinaremos en seguida, debe incluir en primerísimo lugar a los trabajadores que sirven a la empresa, tanto directamente como a través de relaciones vinculadas.

§11. Los deberes constitucionales como categoría normativa incluida en la Constitución. Precisiones conceptuales y prácticas



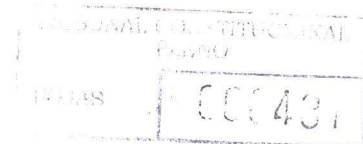
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



62. La inserción de un catálogo de deberes al interior de la Constitución denota un mensaje claro del constituyente de que tales deberes no constituyen una categoría incompatible con la declaración de derechos que, en principio, toda Ley Fundamental representa. Por esa razón, bien puede afirmarse que el fundamento político de los deberes constitucionales reside menos en algún aislado argumento moral, que en el valor mismo de la Constitución como norma jurídica fundante de nuestro ordenamiento jurídico. Por ende, los enunciados constitucionales que recogen tales deberes no pueden ser entendidos como meras normas programáticas, sino, todo lo contrario, como normas constitucionales directamente exigibles y aplicables a sus destinatarios.
63. En ese contexto, no puede ser de recibo aquella postura según la cual la inclusión de un catálogo de deberes al interior de la Norma Fundamental conviertan a ésta en una Constitución dirigente o totalitaria, hipótesis en la cual los derechos quedarían subordinados a los intereses de la *societas*, cuando no sencillamente aniquilados. Nada más alejado de la realidad, pues como se dijo antes, la reivindicación de los deberes constitucionales no implica la reivindicación de la obligación *per se*, sino de aquellos fines esenciales y compartidos que están detrás de esos deberes, y que son idealmente compartidos por la sociedad en su conjunto. Y es que, tal como lo reconoce el segundo párrafo del Preámbulo de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, “[l]os deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan”.
64. Sin embargo, los deberes y los derechos constitucionales, así como la interpretación que de ellos hagan los jueces y tribunales, deben guardar un cierto equilibrio axiológico dentro del texto de la Constitución, de modo tal que el programa político que ella establece no favorezca ni un sistema de derechos desbocado ni una sociedad represiva. En efecto, como afirma Gregorio Robles,
- “la sociedad que queremos ha de combinar sabiamente ambos elementos, equilibrando el sentimiento del deber y el sentimiento de los derechos. El primero es básico para mantener el orden social, el segundo para que, dentro de un orden social, los individuos puedan alcanzar las mayores cuotas de felicidad. Orden y libertad son los dos polos en virtud de los que puede medirse el grado de ‘salud’ de una sociedad o de un grupo social. Una sociedad con un exceso de orden es una sociedad represiva, donde los hombres difícilmente pueden ser felices; una sociedad en la que la libertad individual se haya transformado en capricho y arbitrariedad, es también una sociedad dislocada y en ella los hombres tampoco pueden ser felices, pues una condición de la felicidad es vivir en un orden social con el que, en gran parte nos identificamos” [ROBLES MORCHÓN, Gregorio: *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Madrid, Civitas, 1992, p. 79].
65. Para propiciar ese esquema de necesario equilibrio entre los derechos y los deberes constitucionales, considero necesario delimitar aquellas líneas teóricas que permitirán preservar los fines que ambos elementos están llamados a cumplir en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Estado constitucional, impidiendo de este modo su desnaturalización. Estas pautas interpretativas son las siguientes.

- Los deberes constitucionales hallan su **fundamento** en la cláusula del Estado social de derecho y en el principio de solidaridad, y no en el poder vertical o absoluto del Estado. De esta manera, los deberes, al igual que los derechos, no tienen sólo una dimensión subjetiva, sino también una dimensión objetiva, pues contribuyen a la consecución de los fines propios del Estado social y democrático de derecho [PAUNER CHULVI, Cristina: *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 45].
- Los deberes constitucionales, si bien son **directamente aplicables** en tanto que recogidos normativamente en la Constitución, deben ser determinados no obstante, en su concreto contenido, por el legislador y/o el juez constitucional. En ese sentido, adoptan también, al igual que los derechos, la forma de normas de principio [RUBIO LLORENTE, Francisco: “Los deberes constitucionales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 21, Núm. 62, mayo-agosto de 2001, p. 54], y en esa medida, pueden ser objeto de ponderación. Pese a ello, si el incumplimiento del deber constitucional genera a su vez la violación de un derecho fundamental, dicho deber se torna en directamente exigible. Así, como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia, en criterio que comparto,

“[...]los deberes constitucionales son exigibles directamente (...) cuando su incumplimiento, por un particular, vulnera o amenaza derechos fundamentales de otra persona, lo que exige la intervención oportuna de los jueces constitucionales para impedir la consumación de un perjuicio irremediable (...) [e]n caso afirmativo, el juez podrá hacer exigibles inmediatamente los deberes consagrados en la Constitución, con miras a la protección efectiva de los derechos fundamentales” [Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-801/98, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento 19].

- Los deberes constitucionales no sólo recaen sobre las personas, sino también, y primordialmente, sobre el Estado. Así pues, es posible realizar una **tipología** de tales deberes en base a las siguientes categorías conceptuales: a) deberes superiores; b) deberes fundamentales; y c) deberes constitucionales en sentido estricto.

Los **deberes superiores del Estado** son aquellos que acompañan a la propia concepción del sistema jurídico-político y constituyen la expresión de sus postulados máximos, a tal punto que el propio ordenamiento equipara su revisión a la de todo el texto constitucional [DE ASÍS ROIG, Rafael: *op. cit.*, p. 207]. Así, se consideran deberes superiores de Estado, el deber de gobierno, el deber de buen gobierno, el deber de organización del poder y defensa de las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



libertades, el deber promocional, entre otros. Tales deberes se encuentran consagrados en el artículo 44° de la Constitución, el cual señala:

“Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior”

En consecuencia, el Estado no agota ni puede agotar sus funciones con la mera (aunque necesaria) labor de respeto de los derechos fundamentales, sino que también debe promoverlos activamente, en su calidad de ente integrador del orden político y social y regulador de la estructura social [STC N.º 008-2003-AI/TC, fundamento 13.c]. En el plano del bienestar general y económico, ello implica que el Estado debe intervenir para corregir las inequidades sociales, a fin de que todos, y no sólo unos pocos, sean partícipes de los beneficios del progreso y del desarrollo económico [STC N.º 0048-2004-AI/TC, fundamento 12].

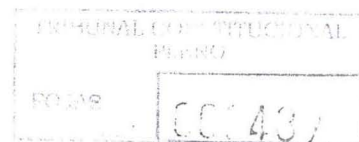
Por su parte, los **deberes fundamentales de las personas** son aquellas obligaciones que afectan a intereses, pretensiones, exigencias o necesidades básicas de los individuos o de la comunidad, y que se dirigen de forma principal a los ciudadanos [DE ASÍS ROIG, Rafael: *op. cit.*, p. 208]. Estando relacionados con el modelo de Estado asumido por la Constitución, estos deberes pueden ser, a su vez, de tres tipos: **i)** deberes propios del concepto moderno de Estado; **ii)** deberes propios del concepto de Estado social y democrático de derecho; y **iii)** deberes para el desarrollo de la dignidad humana. Sobre la base de este esquema, se aprecia que nuestra Constitución reconoce los siguientes deberes fundamentales:

i) Deberes propios del concepto moderno de Estado. Entre ellos, encontramos los siguientes: a) el deber de todos los peruanos de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (artículo 38°); b) el deber de los vecinos de participar en el gobierno municipal de su jurisdicción (artículo 31°); c) El deber de toda persona, natural o jurídica, de participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley (artículo 163°); d) El deber de sufragar hasta los setenta años (artículo 31°)

ii) Deberes propios del concepto de Estado social y democrático de derecho. Entre los cuales figuran: a) el deber social del trabajo, en tanto base del bienestar y medio de realización de la persona (artículo 22°); b) el deber de contribuir a la promoción y defensa de la salud de las personas, de su medio



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



familiar y de la comunidad (artículo 7°); c) el deber de los medios de comunicación de colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural (artículo 14°); d) el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (artículos 58°, 74°, 193°, inciso 3, y 195°, inciso 4)

iii) Deberes para el desarrollo de la dignidad humana. Dentro de los cuales podemos situar los siguientes: a) el deber de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos (artículos 6° y 13°), así como el deber de los hijos de respetar y asistir a sus padres (artículo 6°); b) El deber de cursar la educación inicial, primaria y secundaria (artículo 17°), teniendo presente que la formación ética y cívica, así como la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos, son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar (artículo 14°)

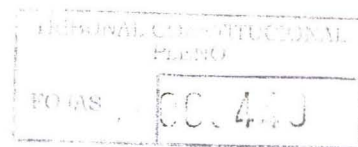
Finalmente, son **deberes constitucionales en sentido estricto** las restantes obligaciones expresadas en la Constitución y que se pueden derivar tanto de alguno de los deberes superiores del Estado o de uno de los deberes fundamentales de las personas [DE ASÍS ROIG, Rafael: *op. cit.*, p. 208]. Así, tenemos que nuestra Constitución reconoce, entre otros, los siguientes deberes específicos: a) el deber del Estado de proteger a los consumidores y usuarios (artículo 65°); b) el deber del Estado de promover el desarrollo científico y tecnológico del país (artículo 14°); c) el deber del Estado de asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas (artículo 16°); c) el deber del Estado de promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (artículo 68°) así como de proteger el medio ambiente (artículo 67°); entre otros.

- Finalmente, así como los deberes constitucionales tienen una dimensión sustantiva (según la cual, éstos se fundan en la cláusula del Estado social de Derecho), así también ostentan una **dimensión procesal** (en virtud de la cual, tales deberes son jurídicamente exigibles en los procesos constitucionales).

Ahora bien, atendiendo al sistema de garantías constitucionales establecido en nuestro ordenamiento jurídico, resulta evidente que la eficacia jurídica de los deberes constitucionales exhibe un doble matiz, dependiendo del tipo de proceso constitucional en que sea dilucidada. Así pues, los deberes despliegan una *eficacia directa o incondicional* en los procesos de control abstracto, toda vez que la constatación de una eventual incompatibilidad lógica entre una norma de rango legal o infralegal y una norma iusfundamental que reconoce un deber constitucional, tendrá como consecuencia (si bien no necesariamente) la declaración de inconstitucionalidad de aquella norma impugnada; y una *eficacia indirecta o condicionada* en los procesos de tutela de derechos, habida cuenta que el incumplimiento de un deber constitucional sólo tendrá relevancia jurídica en la medida en que dicha inobservancia vulnere o amenace alguno de los derechos consagrados en la Constitución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Pero el carácter relativo que asume la eficacia de los deberes constitucionales en los procesos de la libertad, en modo alguno puede ser interpretado como una negación del carácter vinculante que le es inherente, lo cual sería tanto como negar la vigencia de las normas constitucionales que reconocen tales deberes. Por el contrario, atendiendo a su dimensión procesal, conviene puntualizar que nuestra Constitución ha establecido que la acción de hábeas corpus, de amparo y de hábeas data procede “contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza” los derechos reconocidos por la Constitución (artículo 200°, incisos 1, 2 y 3); lo cual se condice con el artículo 2° del Código Procesal Constitucional, el cual señala que tales procesos proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales “por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona”. Sin embargo, este Colegiado ha interpretado que “no toda omisión habilita el empleo del amparo, sino sólo aquella que tenga en el sujeto agresor un ‘deber hacer’ o cumplir. Es decir, se trata de la omisión de un acto de cumplimiento obligatorio, que tiene ese carácter porque así lo impone el ordenamiento jurídico” [STC N.º 03420-2004-AA/TC, fundamento 3].

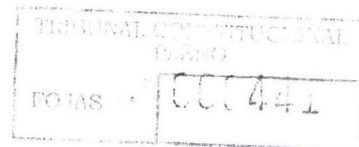
Al respecto, no hay que perder de vista que la categoría conceptual de las *omisiones* en el ámbito de los procesos de la libertad, tiene una innegable relevancia para el supuesto de la exigibilidad de los deberes constitucionales, toda vez que como resulta evidente la inobservancia de tales deberes no adopta la clásica forma de una conducta activa, sino precisamente la omisión de dicha conducta.

En tal sentido, cuando las normas constitucionales e infraconstitucionales establecen que los procesos de tutela de derechos proceden también “por (...) omisión de actos de cumplimiento obligatorio (...)”, debe entenderse que dicho supuesto alcanza no sólo al incumplimiento de los actos que las leyes del Estado imponen a las autoridades propiamente dichas, sino que abarca también a los casos de incumplimiento de los **deberes constitucionales** reconocidos en nuestra Ley Fundamental, y que resultan exigibles a los particulares y a los poderes públicos de conformidad con la cláusula del Estado social de Derecho antes examinada.

66. Efectuadas estas precisiones conceptuales respecto a la imbricación entre responsabilidad social empresarial y deberes constitucionales, así como la eficacia práctica de éstos y su dilucidación en sede de la jurisdicción constitucional, corresponde examinar las exigencias concretas que dicho desarrollo conceptual tiene en el caso de la tercerización, teniendo en cuenta los problemas de “protección deficiente” de los derechos fundamentales que se han explicitado en el apartado §7 de este fundamento de voto.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

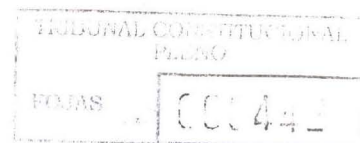


§12. Análisis de la conducta asumida por la empresa EDELNOR S.A.A en el caso *sub litis*, a la luz de sus deberes constitucionales: la responsabilidad social empresarial en el ámbito de las operaciones de tercerización laboral.

67. Al igual como sucede con cualquier otra actividad económica, también en el ámbito de la tercerización resulta plenamente aplicable la noción de responsabilidad social empresarial, en los términos antes aludidos, así como los deberes constitucionales que surgen de un modo correlativo al referido concepto. A tal fin, es evidente que no será la situación jurídica particular de cada empresa participante la que tendrá que ser materia de evaluación, sino la relación que se establezca entre ellas y el resultado finalmente producido. Al respecto, debe recordarse que uno de los factores a tener en cuenta al momento de determinar el alcance de la *debida diligencia* que deben asumir las empresas con responsabilidad social, consiste en la posibilidad de que puedan o no contribuir al abuso de los derechos por medio de relaciones vinculadas [*Proteger, respetar y remediar...*, *op. cit.*, párrafo 56. En sentido similar, el Libro Verde de la Comisión Europea señala que los efectos de las medidas de responsabilidad social de la empresa no se limitarán a esta, sino que afectarán también a sus socios económicos, siendo éste el caso de las grandes empresas que han subcontratado una parte de su producción o servicios y que, por lo tanto, pueden haber asumido una responsabilidad social suplementaria por lo que respecta a dichos proveedores y a su personal, teniendo en cuenta que, en ocasiones, el bienestar económico de los proveedores depende mayoritariamente o totalmente de una única empresa. COMISIÓN EUROPEA: *Libro Verde. Fomentar un marco europeo...*, *op. cit.*, párrafo 48]. En ese sentido, las empresas principales y contratistas mantienen la obligación de velar por que la actuación conjunta de ambas no produzca un resultado lesivo de los derechos fundamentales de terceras personas, entre las cuales se encuentran, evidentemente y en primer orden, los trabajadores afectados de ambas corporaciones.
68. Por otro lado, no pasa inadvertido el hecho de que las operaciones de tercerización conllevan en la práctica, si bien al amparo de la ley, la creación de un modelo de empresa “escueta”, pero también “mezquina”, en la medida en que basa una parte de su capacidad competitiva, si no toda, en ahorros en los costos de la mano de obra, generados a través del empleo masivo de trabajo subcontratado, prestado en régimen de precariedad laboral y salarial [SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “La ‘tercerización’ de actividades productivas: ¿una estrategia para la puesta en paréntesis de los principios tutelares del Derecho del Trabajo?”, en AA.VV: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, Lima, Grijley, 2009, p. 121]. Esta evidente desproporción entre los beneficios obtenidos por las empresas participantes en un proceso de tercerización y los perjuicios ocasionados a los trabajadores en sus derechos fundamentales (los que han sido expuestos en los fundamentos 28 a 33 de la presente sentencia) justifica con creces la imposición de ciertos deberes *adicionales, complementarios o alternativos* a los establecidos en la ley de la materia, a efectos de brindar una tutela efectiva de los derechos de los trabajadores afectados por estas operaciones, y por esa vía también, para mantener el adecuado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



clima laboral que resulta imprescindible para la viabilidad del proyecto de tercerización en su conjunto.

69. En ese sentido, resulta evidente que la *debida diligencia* que comparten la empresa principal y la empresa contratista en un escenario de tercerización, conlleva que éstas tengan necesariamente que considerar los perjuicios reales y potenciales que dicha operación podría causar a sus trabajadores, como un dato relevante al momento de evaluar la viabilidad del proyecto en su conjunto. De ser el caso que tal afectación se produzca, las empresas involucradas tienen el *deber constitucional* de implementar las políticas al interior de su organización que resulten necesarias para paliar esos efectos adversos.
70. En esa perspectiva, considero que, a efectos de propiciar un marco mínimo de exigencias que permita restablecer el equilibrio de la relación laboral en un contexto de descentralización productiva, resulta de interés revisar algunas de las distintas soluciones que han sido brindadas por la doctrina, legislación y jurisprudencia comparadas para hacer frente a la problemática anotada. De este modo, se intenta no sólo poner en evidencia aquellos problemas laborales que toda tercerización trae aparejada (así como sus posibles soluciones), sino también llamar la atención del legislador para que, en el contexto de un genuino debate democrático, tome interés por dar respuesta a los vacíos legales detectados, y cuya cobertura resulta imperativa a la luz del artículo 23° de la Constitución, el cual señala que “[n]inguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.
71. Así pues, en lo que respecta a la **estabilidad laboral**, la doctrina especializada ha diferenciado dos supuestos específicos, a saber: a) el *outsourcing genético*, que ocurre cuando la tercerización se produce respecto de actividades cuya realización la empresa asumía previamente de forma directa, en cuyo caso importa definir la situación de los trabajadores encargados de las mismas (esto es, el llamado “personal excedentario”); y b) el *outsourcing funcional*, que ocurre cuando la tercerización se produce respecto de actividades originalmente concebidas para funcionar de forma descentralizada, en cuyo contexto cobra relevancia la situación de los trabajadores que realizan tales actividades para la empresa principal aunque sin depender de ella.

En la primera de las hipótesis mencionadas (*outsourcing genético*), la empresa principal tendría la opción de elegir entre una *descentralización impropia*, en cuyo caso transferirá a la nueva organización el personal y los medios empleados por éste, propiciando así una cierta continuidad personal y material; o una *descentralización propia*, en la cual dicha continuidad no se halla prevista. En relación al primer caso (descentralización impropia), se afirma que dicha transmisión no tendría por qué suponer un retroceso o degradación de las condiciones de trabajo del personal transferido [SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo”, en *Revista de Derecho Social*, Editorial Bomarzo, N.º 33, 2006, pp. 219-258]. Por su parte, en la descentralización propia, el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



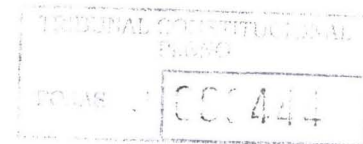
empleador tendría dos alternativas a su disposición: o bien recolocar al personal excedentario en otras secciones o departamentos de la propia empresa, o bien extinguir los respectivos contratos de trabajo. Aunque, con relación a esta última alternativa, la doctrina es unánime al afirmar que no resulta admisible estimar como causa de despido una descentralización por razones de oportunidad o simplemente para incrementar el beneficio económico de la empresa, pues de lo contrario se estaría otorgando al empresario la capacidad de decidir, en base sólo a su voluntad, la extinción de las relaciones laborales, rompiendo así la base del principio de causalidad en el despido [GORELLI HERNÁNDEZ, Juan: *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, Madrid, Grupo Difusión, 2007, pp. 88-89].

En todo caso, resulta evidente que la contraposición entre el interés del empleador de descentralizar su unidad productiva y el interés de los trabajadores a no ser externalizados, amerita una solución que apueste principalmente por un *marco de entendimiento o negociación* entre ambas partes, de modo tal que se ofrezca a los trabajadores involucrados la posibilidad de acceder a una información detallada y oportuna sobre las ventajas y desventajas que la operación de tercerización representa para sus intereses y, en consecuencia, de optar con el debido conocimiento entre su permanencia en la empresa principal, la percepción de una indemnización por la extinción del contrato de trabajo o su consentimiento a la transferencia hacia la empresa contratista.

72. Asimismo, un tema directamente relacionado con la estabilidad laboral en el ámbito de la tercerización, es el referido a la situación de los trabajadores de la contratista ante la eventualidad de la terminación abrupta del contrato mercantil que vincula a ésta con la empresa principal. Al respecto, se ha afirmado con acierto que el respeto sustancial al principio de causalidad de la contratación temporal debería conducir a establecer una conexión directa entre la continuidad de la relación laboral y la de la actividad productiva descentralizada por la empresa principal, al margen del contenido del pacto celebrado entre ésta y la contratista [SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: "Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo", en *Revista de Derecho Social*, Editorial Bomarzo, N.º 33, 2006, pp. 219-258]. Ignorar, sin embargo, la imposibilidad práctica que enfrentaría la contratista de mantener a un personal que ya no realiza labor alguna por haber desaparecido el encargo del cual dependía, supondría obligarla a mantener un personal innecesario, lo que indudablemente sería una solución irrazonable y desproporcionada. Por ello, conviene tener presente la posibilidad de que, en el caso de que dicha permanencia no sea posible, el trabajador tenga derecho a percibir una indemnización como consecuencia de su despido así configurado. Este deber de indemnizar al trabajador, que viene a ser un *tercero* en la relación mercantil que une a la principal con la contratista, se impone a partir del artículo 27º de la Constitución, el cual señala que "la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario". Y es que, como bien ha señalado el Tribunal Constitucional español, en criterio que esencialmente comparto:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



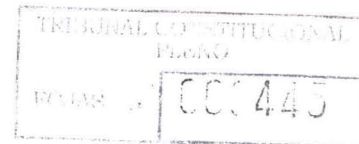
“Si a través de la técnica de la subcontratación se posibilita que trabajadores externos contratados por una empresa contratista se vinculen directamente a la actividad productiva de una empresa principal e, incluso, que la propia duración de su contrato de trabajo se haga depender directamente de la vigencia del contrato mercantil que vincula a ambas empresas (...); del mismo modo habrá de salvaguardarse que en el ámbito de esas actuaciones los derechos fundamentales de los trabajadores no sean vulnerados. Pues no sería admisible que en los procesos de descentralización productiva los trabajadores carecieran de los instrumentos de garantía y tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad no descentralizada, ante actuaciones empresariales lesivas de los mismos” [Sentencia 75/2010, de 19 de octubre, fundamento 8, segundo párrafo].

En vista de ello, considero que en el marco del deber de diligencia, corresponde atribuir responsabilidad a la empresa principal y a la contratista respecto a la estabilidad laboral en un contexto de tercerización, lo cual se traduce en la obligación compartida de ambas de introducir, en los respectivos contratos mercantiles, las *cláusulas sociales* que resulten necesarias para establecer expresamente cuál de las partes (o si ambas) asumirá el costo laboral derivado del rompimiento del vínculo comercial. Al margen de la solución que puedan brindar las empresas o el legislador respecto a los supuestos reseñados en este apartado, queda claro que en ningún caso la realización de una operación de descentralización productiva puede efectuarse a costa del derecho al trabajo (en su dimensión de estabilidad) o sin una reparación adecuada y proporcional por su afectación.

73. Por su parte, el adecuado ejercicio de la **libertad sindical** en un escenario de tercerización exige diferenciar, previamente, dos distintos planos de análisis, a saber: a) el impacto generado sobre los trabajadores de la empresa principal; y b) el impacto ocasionado sobre los trabajadores de la empresa contratista. En este último caso, es preciso resaltar el ejemplo de la legislación española, cuyo Estatuto de los Trabajadores [Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (incluida la reforma laboral del año 2006)] permite que las personas que laboran para la empresa contratista, cuando carezcan de representación sindical, sean representados por los representantes gremiales de la empresa principal [El artículo 42º, inciso 6 del Estatuto de los Trabajadores señala lo siguiente: “*Los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende*”. Por su parte, el inciso 7 de este mismo artículo prescribe: “*Los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada el centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral (...)*”]. Pese a ello, e independientemente de la conveniencia de apostar por uno u otro mecanismo de facilitación sindical en el marco de la descentralización productiva,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



importa destacar que el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha sostenido en reiteradas oportunidades que:

“(…) en base a los principios de la libertad sindical, todos los trabajadores –con la sola excepción de los miembros de las fuerzas armadas y la policía– deberían tener el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a las mismas. El criterio para determinar las personas cubiertas por este derecho no se funda por tanto en la existencia de un vínculo laboral con un empleador, que a menudo no existe, por ejemplo en el caso de los trabajadores de la agricultura, los trabajadores autónomos en general o los que se desempeñan profesiones liberales, y que, sin embargo, deben disfrutar el derecho de organizarse (…)” [OIT: *Libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ª edición (revisada), 2006, párrafo 254 (énfasis agregado)].

De ahí que, a mayor abundamiento, convenga señalar que, a raíz de la queja interpuesta ante la OIT por la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP) y la Federación de Trabajadores de Luz y Fuerza del Perú (FTLFP) contra el Gobierno del Perú, dicho Comité haya resaltado, para el caso concreto que aquí nos convoca, lo siguiente:

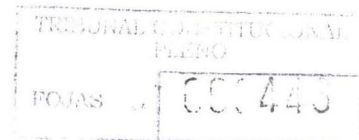
“[s]i los trabajadores de la empresa Cam-Perú S.R.L. están afiliados a la organización sindical SUTREL (sindicato de rama), dicho sindicato debería poder negociar en nombre de sus afiliados (ello tanto más si se tiene en cuenta que la empresa Cam-Perú S.R.L. es una subsidiaria de la empresa Edelnor S.A.A. de la que provienen los trabajadores y en la que el SUTREL afilia a trabajadores). En estas condiciones, el Comité pide al Gobierno que si se constata que los trabajadores de la empresa Cam-Perú S.R.L. están afiliados al SUTREL y éste es el sindicato más representativo, tome medidas para promover la negociación colectiva entre este sindicato y la empresa Cam-Perú S.R.L. (…)” [OIT: 338.º informe del Comité de Libertad Sindical, aprobado por el Consejo de Administración en su 294.ª reunión (Ginebra, noviembre de 2005), caso núm. 2386, párrafo 1252].

En suma, el deber de diligencia que han de asumir las empresas respecto a la libertad sindical en un escenario de tercerización, se resume en la obligación atribuible a la empresa principal de permitir en su organización la conformación de un sindicato que represente los intereses de los trabajadores de la contratista (o en su defecto, la representación de éstos en el sindicato ya constituido en la empresa principal); y viceversa, la obligación de la empresa contratista de permitir en su organización la conformación de una sección sindical de rama de actividad relacionada con la labor que prestan sus trabajadores en la principal, pese a que dicha actividad no sea “formalmente” parte del objeto social de la contratista.

A mi juicio, las concreciones del deber constitucional de diligencia arriba mencionados vienen a dar contenido a aquello que, de un modo genérico e impreciso, figura como mandato imperativo en el artículo 7º inciso 3 de la Ley N.º 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, según el cual “[l]a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



tercerización de servicios (...) no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical”.

74. Finalmente, en lo que concierne a las **condiciones remunerativas y de trabajo** que correspondería atribuir a los trabajadores subcontratados en comparación a los trabajadores de la empresa principal, entiendo que dicha circunstancia ha de quedar sujeta a la libre negociación (colectiva o individual) que se establezca entre las partes. Sin perjuicio de lo cual, resulta claro que, en virtud a su responsabilidad social empresarial, la empresa contratista ostenta el deber de desplegar *hasta el máximo de sus esfuerzos* para llegar a una solución equitativa que satisfaga, a la par que sus intereses empresariales, el derecho de los trabajadores subcontratados a una remuneración equitativa y suficiente, en los términos establecidos en el artículo 24° de la Constitución.

Pero, al mismo tiempo, corre también implícito el deber de la empresa principal de verificar que esas condiciones remunerativas y de trabajo en la empresa contratista con la cual se relaciona, sean efectivamente alcanzadas o cumplidas, sin perjuicio de la labor fiscalizadora que compete a las autoridades administrativas. Y es que, como se ha dicho anteriormente, la responsabilidad social empresarial supone que las organizaciones mercantiles no sólo deben preocuparse por las eventuales afectaciones de derechos que puedan ocasionar a través de su actividad directa, sino también a través de relaciones vinculadas. En una palabra, y tal como lo señala el principio ii) del Pacto Mundial de las Naciones Unidas, las empresas deben asegurarse de no ser cómplices en la vulneración de los derechos humanos.

En ese sentido, el hecho de que el artículo 9° de la Ley N.° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, establezca la responsabilidad solidaria de la empresa principal “por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social” respecto del personal de la empresa tercerizadora desplazado a la principal, presupone necesariamente un *deber de vigilancia* a cargo la empresa principal respecto de las condiciones de trabajo brindadas por la contratista con la cual se relaciona. Ese deber de vigilancia se traduce, a su vez, en dos obligaciones básicas: a) en primer lugar, la empresa principal debe habilitar, al interior de su organización, las vías que resulten necesarias para propiciar la expresión de las quejas y sugerencias de los trabajadores de la contratista, las cuales deben ser recogidas y monitoreadas periódicamente; y b) de ser el caso, la empresa principal tiene el deber de dar aviso a las autoridades competentes sobre las violaciones a la normatividad laboral cometidas por la contratista, de las cuales tenga noticia a través de las vías de comunicación antes mencionadas.

En suma, y en orden a lo expuesto, considero que el deber constitucional de diligencia que corre a cargo de las empresas respecto a las condiciones remunerativas y de trabajo en un supuesto de tercerización, se concreta, por un lado,



en la obligación que ha de asumir la empresa contratista de desplegar hasta el máximo de sus esfuerzos para llegar a una solución justa que satisfaga, a la par que sus intereses empresariales, el derecho de los trabajadores subcontratados a percibir una remuneración equitativa y suficiente, tal como lo manda la Constitución; y por el otro, el deber de la empresa principal de velar por que esas condiciones laborales sean alcanzadas, y en su caso, debidamente cumplidas, debiendo disponer a tal efecto los mecanismos que resulten necesarios para recoger las inquietudes de los trabajadores desplazados, así como denunciar las violaciones de derechos de las cuales tenga noticia.

§13. De las órdenes impartidas en la presente sentencia

75. Finalmente, se advierte que, en la tramitación de la presente causa, las empresas demandadas han incurrido en una serie de comportamientos abiertamente incompatibles con el deber constitucional que le asistía de respetar los derechos fundamentales de sus trabajadores y, en ese sentido, con su obligación de cumplir lealmente la cuota de responsabilidad social que le toca asumir en su calidad de agente económico inserto en un Estado Social de Derecho. Esas conductas son, en concreto, las siguientes:

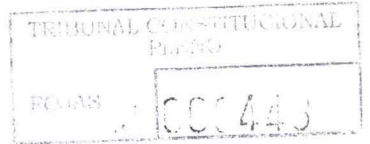
En primer lugar, el fraude a la tercerización laboral efectuado entre las empresas demandadas, debidamente comprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo, trastoca manifiestamente el **principio de buena fe laboral** que debe presidir las relaciones laborales, el cual, como se ha encargado de señalar este Colegiado, constituye un deber que se desprende del propio contrato de trabajo e impone por igual, tanto al trabajador como al empleador, una obligación de lealtad en el desarrollo de la relación misma [STC N.º 0936-2009-PA/TC, fundamento 15].

En segundo término, resulta igualmente cuestionable el proceder de la empresa principal (EDELNOR S.A.A.), la cual, no conforme con el resultado adverso obtenido en sede administrativa, interpuso un proceso de amparo contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, reproduciendo los mismos argumentos alegados en dicha sede, con el evidente propósito de prolongar innecesariamente el debate sobre el fondo y propiciar una supuesta litispendencia con el proceso de amparo de autos. A mi entender, dicho temperamento constituye una clara manifestación de **abuso procesal**, la que en modo alguno se condice con el deber que ostentan las empresas de respetar los derechos fundamentales de sus trabajadores. A este respecto, interesa recordar que nuestra Constitución proscribe el abuso del derecho, lo que aplicado al ámbito de los derechos fundamentales, supone la prohibición de desnaturalizar las finalidades u objetivos que sustentan la existencia de cada atributo, facultad o libertad reconocida sobre las personas [STC N.º 05296-2007-PA/TC, fundamento 12].

Finalmente, es también censurable el **fraude a la ley** cometido por la empresa EDELNOR S.A.A. al negarse a presentar las planillas de los trabajadores restantes del sindicato recurrente ante las autoridades administrativas de trabajo, las cuales no



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



aparecían en el acta de inspección emitida por el Ministerio. Esta situación de renuencia, a todas luces injustificada, ha impedido en los hechos que dichos trabajadores puedan ser incluidos en un acta de inspección similar a la que dio origen al presente proceso, y por esa vía, ser reparados en sus derechos en la vía constitucional; mientras que la empresa EDELNOR S.A.A., por esa negativa, sólo se ha visto compelida a pagar una multa ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, según Resolución Sub Directoral N.º 1249-2008-MTPE/2/12.310, su fecha 03 de septiembre de 2008 (obstante a fojas 709).

Por estos fundamentos, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda de amparo de autos, al haberse acreditado la vulneración de los derechos del demandante al trabajo, a la igualdad y a la libertad sindical; así como los deberes constitucionales de buena fe, respeto a la Constitución y la ley, y de no afectación de los derechos laborales y dignidad de los trabajadores demandantes; y en consecuencia, **ORDENAR** a la empresa EDELNOR S.A.A. incorporar a los miembros del sindicato recurrente en su libro de planillas, comprendidos en la Resolución Directoral N.º 545-2008-MTPE/2/12.3, en el plazo máximo de dos (2) días de notificada la presente sentencia, bajo apercibimiento de aplicarse los apremios previstos en el artículo 22º del Código Procesal Constitucional, con el abono de las costas y los costos del proceso en la etapa de ejecución de sentencia; asimismo, **notificar** al Ministerio de Trabajo a efectos de que atienda a lo dispuesto en el fundamento 16 de la sentencia; e **IMPROCEDENTE** en lo demás que contiene

Sr.

ETO CRUZ

Lo que certifico



FRANCISCO MORALES SARAVIA
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL