Laborem

N° 10 / 2010

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PRIMER ENCUENTRO PERUANO CHILENO

Articulación de los Sistemas Público y Privado de pensiones

Poder de dirección y derecho a la intimidad del trabajador

El servicio de inspección de trabajo

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ARA EDITORES

Laborem

Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Nº 10 / 2010

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ARA EDITORES

© LABOREM
Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

© ARA Editores E.I.R.L.
Géminis 701 Dpto. 301-B Lima 39 - Perú
Telefax: (511) 522-8060
E-mail: araeditores@yahoo.com
Web site: http://www.araeditores.com

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional
del Perú N° 2009-14415

Diseño de Carátula: Rolando Bartolo Mesías
Diagramación: Luis A. Sierra Cárdenas

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Perú 2010 Printed in Peru

SPDTSS
BIBLIOTECA
2009 / 2011

CONTENIDO

Presentación 11

Primer Encuentro Peruano-Chileno:
Tema N° 1
Articulación de los Sistemas Público y Privado en el Sistema Previsional

Ponencias oficiales
El sistema de pensiones en el Perú: articulando un régimen contributivo paralelo (público-privado) con un régimen no contributivo (solidario)
César Abanto Revilla 19

Articulación de los sistemas público y privado en el sistema previsional chileno
Hugo Cifuentes Lillo 37

Ponencias libres
Los sistemas públicos y privados de pensiones: de la relación alternativa a la complementaria
Javier Neves Mujica 71

Articulación de los sistemas previsionales público y privado
Alfonso de los Heros P.A. 85

El futuro de la seguridad social en pensiones en el Perú a propósito de la constitucionalidad de los sistemas previsionales coexistentes
César González Hunt 103

Precedentes constitucionales vinculantes en materia de pensión de jubilación
Leopoldo Gamarra Vílchez 121

Tema N° 2
Poder de Dirección y Derecho a la Intimidad y Privacidad del Trabajador

Ponencias oficiales

Poder de dirección y derecho a la intimidad y privacidad del trabajador
Carlos Blancas Bustamante 157

Privacidad, trabajo y derechos fundamentales
José Luis Ugarte Cataldo 185

Ponencias libres

El derecho a la intimidad del trabajador
Orlando De Las Casas de la Torre Ugarte 209

Comentarios a los tres primeros artículos de la Constitución peruana desde un punto de vista laboral, enfatizando la relación entre el poder de dirección y derecho a la intimidad y privacidad del trabajador
Daniel Ulloa Millares 237

Poder de dirección y derecho a la intimidad del trabajador en relación a su salud
Luz Pacheco Zerga 249

Tema N° 3
El Servicio de Inspección de Trabajo

Ponencias oficiales

El inspector y su rol en la investigación como factor determinante para el éxito del sistema de inspección del trabajo
Roberto Juan Servat Pereira de Souza 269

Inspección del trabajo: el caso de Chile
Rafael Agustín Pereira Lagos 287

Ponencias libres
Funciones asignadas a la inspección del trabajo
en la legislación chilena de 1924
Emilio Morgado Valenzuela 311

La inspección laboral como mecanismo de protección
de la libertad sindical en el Perú
Guillermo Boza Pró
Luis Mendoza Legoas 329

El deber de motivación de los pronunciamientos de la autoridad
administrativa de trabajo en materia inspectiva
César Puntriano Rosas 355

Concurso Universitario

La contraprestatividad en el contrato de trabajo, ¿Será cierto eso?
Sarah Marilú Arce Calderón 377

El descanso vacacional anual de los trabajadores
con contrato a tiempo parcial ¿tienen derecho?
Yossely Lizeth Delgado Aquino 399

Políticas públicas de empleabilidad en jóvenes
Cynthia Socorro Gosicha Vidal 413

Indemnización de daños y perjuicios derivados de una enfermedad
profesional, por el incumplimiento de las obligaciones laborales
Jeison K. Lescano Villanueva 439

La intermediación laboral: mecanismo de descentralización
productiva y su regulación jurídica en el Perú
Cristina Nélida Torres Tafur 463

Discurso

Laudatio del Profesor Antonio Ojeda Avilés
Alfredo Villavicencio Ríos 489

La externalización del Derecho del Trabajo
Antonio Ojeda Avilés 495

Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Periodo 2009-2011)

Presidente	:	César Gonzales Hunt
Vicepresidente	:	Javier Neves Mujica
Tesorero	:	Jorge Toyama Miyagusuku
Pro-Tesorero	:	Orlando Gonzales Nieves
Secretario	:	Daniel Ulloa Millares
Pro-Secretario	:	Víctor Mayorga Miranda
Secretario de Biblioteca y Publicaciones	:	César Abanto Revilla
Eventos y reuniones científicas	:	Edgardo Balbín Torres
Relaciones Internacionales	:	Pedro Morales Corrales

Relación de miembros de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

César Abanto Revilla
Beatriz Alva Hart
Victoria Ampuero de Fuertes
Luis Aparicio Valdez +
Luis Arbulú Alva
Elmer Arce Ortiz
Javier Arévalo Vela
Edgardo Sergio Balbín Torres
José Balta Varillas
Julio César Barrenechea Calderón
Jaime Eduardo Beltrán Quiroga
Guillermo Boza Pró
José Andrés Butrón Fuentes
Martín Alberto Carrillo Calle
Nixon Javier Castillo Montoya
José Ignacio Castro Otero
Paúl Cavalié Cabrera
Adolfo Ciudad Reynaud
Juan Carlos Cortés Carcelén
Orlando De las Casas de la Torres Ugarte
Alfonso de los Heros Pérez Albela
Víctor Ferro Delgado
Leopoldo Gamarra Vilchez
Fernando García Granara
César José Gonzáles Hunt
Orlando Gonzáles Nieves
Isabel Herrera Gonzales-Pratto
Ricardo Herrera Vásquez
Víctor Mayorga Miranda
Ricardo Arturo Marcenaro Freís
Renato Mejía Madrid
Pedro Gonzalo Morales Corrales
Néstor Morales Gonzáles
Carlos Guillermo Morales Morante
Javier Neves Mujica
Estela Ospina Salas
Luz Pacheco Zerga
Paúl Paredes Palacios

Mario Martín Pasco Cosmópolis
Mario Pasco Lizarraga
Luigino Pilotto Carreño
Herbert Prelle Mayuri
César Alfredo Puntriano Rosas
José Luis Germán Ramírez-Gastón Ballón
Francisco Javier Romero Montes
Raúl Saco Barrios
Hugo Salas Ortiz
Wilfredo Sanguineti Raymond
Roberto Juan Servat Pereira de Sousa
Jorge Luis Toyama Miyagusuku
Liliana Tsuboyama Shiohama
Mauro Ugaz Olivares
Daniel Augusto Ulloa Millares
Edmundo Villacorta Ramírez
Alfredo Villavicencio Ríos
Luis Vinatea Recoba
Jaime Zavala Costa
Roger Enrique Zavaleta Cruzado

Relación de miembros honorarios de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Carlos Blancas Bustamante
Fernando Elías Mantero
Ricardo Nugent López Chávez
Jorge Capriata D'auro
Néstor de Buen Lozano
Oscar Ermida Uriarte
Jean Claude Javillier
Emilio Morgado Valenzuela
Alfredo Montoya Melgar
Fernando Suárez González
Américo Plá Rodríguez +
Mozart Víctor Russomano
Héctor Hugo Barbagelatta
Antonio Ojeda Avilés
Manuel Alonso Olea +
Guillermo Gonzales Rosales +
Ricardo La Hoz Tirado +
Javier Vargas Vargas +
Joaquín Leguía Gálvez +

PRESENTACIÓN

El tema central de la presente Revista es el vinculado a las ponencias, tanto oficiales como libres, que se presentaron con motivo del Primer Encuentro Peruano-Chileno, llevado a cabo por las Sociedades Peruana y Chilena del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social los días 23 y 24 de julio de 2009.

El referido encuentro se realizó con gran éxito, habiendo participado trece miembros de la Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y treinta miembros de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Los temas elegidos como materia de análisis en el indicado evento fueron los siguientes:

(i) Articulación de los Sistemas Público y Privado en el Sistema Previsional,

(ii) Poder de Dirección y Derecho a la Intimidad y Privacidad del Trabajador y,

(iii) El Servicio de Inspección del Trabajo.

A estos tres temas, y a pedido de la Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, se agregó la disertación del colega chileno Hugo Cifuentes Lillo sobre el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social.

El formato que se adoptó para la realización de este evento académico tuvo como objeto lograr la participación activa de los asistentes. Así, para cada tema se eligieron dos ponentes oficiales y dos panelistas, uno por cada país respectivamente, para posteriormente permitir la intervención de quienes solicitaron participar en el debate de los mismos.

Por el primer tema, vinculado a los sistemas previsionales público y privado, participaron como ponentes oficiales César Abanto Revilla por el Perú y Hugo Cifuentes Lillo por Chile, actuando como panelistas Alfonso de los Heros Pérez Albela por el Perú y Mónica Gajardo González por Chile.

Por el segundo tema, referido al derecho a la intimidad y privacidad del trabajador, los ponentes oficiales previstos fueron, por el Perú, Carlos Blancas

Bustamante, quien debido a razones de fuerza mayor tuvo que ser reemplazado por Orlando de las Casas de la Torre Ugarte, y José Luis Ugarte Cataldo por Chile, participando como panelistas Juan Carlos Cortés Carcelen por el Perú y Sergio Gamonal Contreras por Chile.

Por el tercer tema, sobre el servicio de inspección del trabajo, fueron los ponentes oficiales Roberto Servat Pereira de Souza por el Perú y Rafael Pereira Lagos por Chile, participando como panelistas Fernando Elías Mantero por el Perú y Carlos Lizama Chiang por Chile.

En cuanto a ponencias libres se presentaron cuatro por el primer tema: una de Alfonso de los Heros Pérez Albela: «Articulación de los Sistemas Previsionales Público y Privado», la segunda de Javier Neves Mujica: «Los Sistemas Públicos y Privados de Pensiones: De la relación alternativa a la complementaria», la tercera de César Gonzales Hunt: «El futuro de la Seguridad Social en Pensiones en el Perú a propósito de la constitucionalidad de los Sistemas Previsionales coexistentes» y la cuarta de Leopoldo Gamarra Vílchez: «Precedentes Constitucionales Vinculantes en Materia de Pensión de Jubilación».

Sobre el segundo tema se presentaron tres ponencias libres. La primera sobre «Poder de Dirección y Derecho a la Intimidad del Trabajador en relación a su Salud», a cargo de Luz Pacheco Zerga; la segunda titulada «Comentarios a los tres primeros artículos de la Constitución Peruana desde un punto de vista laboral, enfatizando la relación entre el poder de dirección y derecho a la intimidad y privacidad del trabajador», a cargo de Daniel Ulloa Millares, y la tercera sobre «El Derecho a la Intimidad del Trabajador», obra de Orlando de las Casas de la Torre Ugarte.

En cuanto al tercer tema, Emilio Morgado Valenzuela presentó su ponencia sobre «Chile: Funciones asignadas a la Inspección del Trabajo en la Legislación de 1924»; Guillermo Boza Pro sobre «La Inspección Laboral como Mecanismo de Protección de la Libertad Sindical en el Perú», y César Puntriano Rosas sobre «El Deber de Motivación de los Pronunciamientos de la Autoridad Administrativa de Trabajo en Materia Inspectiva».

Se incluyen además los ensayos con mención a publicación por ocupar el sexto a décimo lugar en el Tercer Concurso Universitario de Investigación en materia laboral y de seguridad social convocado por nuestra Sociedad con ocasión del Tercer Congreso Nacional realizado en la ciudad de Chiclayo los días 29, 30 y 31 de octubre de 2008, que trata temas como la contraprestatividad en el contrato de trabajo (Sarah Arce), el descanso anual de los trabajadores con contrato a tiempo parcial (Yosseli Delgado), políticas públicas de empleabilidad en jóvenes (Cynthia Gosicha), la indemnización de daños derivados de una enfermedad profesional (Jeison Lescano) y la intermediación laboral (Cristina Torres).

Finalmente, nos hemos permitido incorporar en esta edición, tomando en cuenta la importancia e influencia de su prolífica labor académica en el campo del Derecho laboral, la exposición del Prof. Antonio OJEDA AVILÉS sobre «La Externalización del Derecho del Trabajo», con ocasión de la entrega del Doctorado *Honoris Causa* por la Pontificia Universidad Católica del Perú el año 2009, así como la *laudatio* previa a dicho discurso, a cargo del Dr. Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS.

Surco, 5 de abril de 2010

Pedro G. MORALES CORRALES
Secretario de Relaciones Internacionales
Coordinador del Primer Encuentro Peruano Chileno

Primer Encuentro Peruano-Chileno

Tema N° 1

Articulación de los Sistemas Público y Privado en el Sistema Previsional

PONENCIAS OFICIALES

EL SISTEMA DE PENSIONES EN EL PERÚ: ARTICULANDO UN RÉGIMEN CONTRIBUTIVO PARALELO (PÚBLICO-PRIVADO) CON UN RÉGIMEN NO CONTRIBUTIVO (SOLIDARIO)

César Abanto Revilla*

I. INTRODUCCIÓN: LA SITUACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL PERÚ

Los datos recabados por la Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, elaborada en el año 2007 por el Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú (INEI), nos muestra que de una población total superior a los 29 millones tenemos una población económicamente activa (PEA) de más de 14 millones.

Estos datos, complementados con los de la Oficina de Normalización Previsional (ONP)[1], la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS)[2] y el Ministerio de Trabajo y Promoción Social, indican que al año 2007 la cobertura contributiva en pensiones (regímenes público y privado) alcanzó apenas un 15.1%[3]. Es decir, que de cada 10 trabajadores, con suerte 2 tendrán el beneficio de una pensión.

---

* Profesor de Derecho Previsional, Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Asesor Legal Externo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

1 Entidad estatal creada por el Decreto Ley N° 25967 el 19 de diciembre de 1992 para que administre el Sistema Nacional de Pensiones en reemplazo del Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS). Labor formalmente asumida a partir del 1 de enero de 1995.

2 Entidad estatal encargada de supervisar (en reemplazo de la extinta Superintendencia de AFP) el correcto funcionamiento del Sistema Privado de Pensiones (SPP), por mandato de la Ley N° 27038.

3 DURÁN VALVERDE, Fabio, *Cobertura contributiva de la seguridad social en el Perú: ¿Avanza el aseguramiento contributivo?* (versión preliminar), OIT, Lima, 2009, p. 9 (Cuadro N° 5: Evolución de la cobertura contributiva 1999-2007).

Si a dichas cifras se agrega el hecho que un 39% de la población peruana viviría en condiciones de pobreza, y un 13.7% en extrema pobreza, nos damos cuenta -a simple vista- que tenemos un problema de cobertura en materia de pensiones, más agudo en la zona rural, que representa un 34.9% de la población total; pues un 37% de dicho grupo registra extrema pobreza.

Si el éxito de un modelo de seguridad social se mide por la cobertura subjetiva (la cantidad de personas protegidas), podemos afirmar que el sistema de pensiones en el Perú habría fracasado. La pregunta es ¿podemos mejorar esta situación con modificaciones al esquema vigente y esperar una mayor cobertura? La respuesta está más cerca del no que del sí, en la medida que las propuestas planteadas a la fecha (incluida la implementación del sistema multipilar, sobre la base del modelo proyectado en 1994 por el Banco Mundial)[4] están dirigidas a procurar una mejora en la administración de pensiones de la población que trabaja como asalariada.

El sistema de pensiones en el Perú es esencialmente contributivo, por tanto, está más relacionado al seguro social de BISMARCK que al modelo de seguridad social de BEVERIDGE. En materia de salud, recién hace unos años está en aplicación un régimen asistencial (no contributivo), a través del Seguro Integral de Salud (SIS), pero en materia de pensiones la situación no ha cambiado.

En este escenario, considerando que la mayor parte de los trabajadores no tienen formalmente dicha condición, al pertenecer a una economía informal, carecen por tanto de derechos laborales y de seguridad social; debemos recordar que éste es un tema de derechos humanos, por lo cual no podemos confundir las reglas de un sistema de ahorro privado con las de un sistema de protección social, de ahí que sea necesario que nos preguntemos, antes de elegir un modelo previsional, si seguiremos en un formato de seguro social, o daremos un paso adelante.

Esta premisa nos condiciona a que para obtener una mejora en el campo de las pensiones, debemos –previa y necesariamente– sanear la situación del mercado laboral, y de manera paralela buscar una solución a problemas como la evasión en el pago de las aportaciones de la seguridad social. Pero, lo más importante es considerar de manera conjunta la creación de un régimen no contributivo o pilar solidario, pues de lo contrario, la mayor parte de la población peruana carecerá en el futuro de una pensión digna para la vejez.

Como indica ROMERO MONTES[5], los regímenes contributivos no sirven actualmente como vías de solución; pues la clase asalariada no es la más afectada,

---

[4] BANCO MUNDIAL, *Envejecimiento sin crisis: políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento*, Oxford University Press, Washington D.C., 1994, pp. 457.

[5] ROMERO MONTES, Francisco, «La financiación de la seguridad social», en *Actas del VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, San Marcos, Lima, junio 2007, p. 410.

sino los que no tienen empleo o están en situación informal, porque no pueden adecuarse al pago de las aportaciones. Es necesario crear un nuevo modelo que proteja a los que más lo necesitan, de lo contrario, el sistema seguirá siendo inadecuado, fragmentario e insuficiente, pues la protección no sólo es minoritaria, sino injusta, ya que el grueso de la población hace posible (pagando sus impuestos) que exista un seguro social al que contradictoriamente no pueden acceder por no tener la condición de trabajadores.

Si bien es cierto, el tema materia de la presente ponencia (las articulaciones entre lo público y lo privado en los sistemas de pensiones) nos llevaría a un análisis de los proyectos existentes en el Perú y una revisión de la reforma implementada en Chile a inicios del año pasado (Ley N° 20.255), nos parece que es necesario que intentemos dar ese paso adicional, en la búsqueda de un mecanismo que nos permita viabilizar una seguridad social en pensiones para la mayoría.

En resumen, la finalidad del presente trabajo es exponer –a juicio del ponente– las razones a partir de las cuales la coexistencia paralela de un régimen público y uno privado de pensiones, dirigido específicamente a la PEA sujeta a una relación laboral formal, no puede ser el norte de una reforma previsional, pues únicamente beneficiaría a un grupo reducido de trabajadores, requiriéndose la implementación de un modelo no contributivo, para lo cual daremos una mirada a los orígenes del Sistema Privado de Pensiones en el Perú, las reformas legales y constitucionales que pretendieron reducir las desigualdades entre los regímenes previsionales, a la par de hacerlos viables financieramente, así como los efectos negativos que una crisis como la padecida a finales del 2008 puede generar en un derecho social.

II. LOS ORÍGENES: IMPLANTANDO (O COPIANDO) UN MODELO DE ADMINISTRACIÓN PRIVADA DE PENSIONES

El 22 de enero de 1850 se dictó la Ley General de Jubilación y Cesantía para los empleados públicos del Perú[6], que seguramente constituyó una de las primeras normas en materia de pensiones en América Latina, sin embargo, la originalidad de los legisladores nacionales se ha ido diluyendo con el tiempo.

En efecto, en los últimos veinte o treinta años (cuando menos)[7] hemos visto como se ha adquirido la costumbre de copiar normas extranjeras –casi sin modificarlas– para aplicarlas a nuestra realidad, lo cual genera una distorsión de sus efectos, en tanto cada país tiene factores económicos, sociales, demográficos y

---

[6] Esta norma tuvo como antecedente a la Real Orden del Rey de España, del 8 de febrero de 1803, aplicada en el Perú a partir de 1820 en tiempos del Virrey Joaquín de la Pezuela.

[7] En una crítica aplicable al derecho peruano en general: HURTADO POZO, José, «La ley «importada», en *Recepción del Derecho Penal en el Perú*, CEDYS, Lima, 1979, 152 pp.

políticos que deberían ser tomados en cuenta al aprobar un dispositivo legal. El campo de las pensiones no ha estado libre de esta práctica indebida.

Si bien es cierto, una reforma pensionaria puede efectuarse en cualquier país del mundo, el modelo elegido debe ser adaptado previamente a las características del Perú. Es un desafío que debería ser enfrentado a nuestra manera, pues no existe modelo universal que se considere perfecto. Deben estudiarse las opciones y su desempeño, a fin de diseñar un esquema propio que se adecue a la realidad de una sociedad con sus propias particularidades.

En tal sentido, no podemos limitarnos simplemente a imponer un modelo aplicado en otro país –aunque tenga un éxito aparente– y pretender que vaya a funcionar en el nuestro; pues el escenario social, político, económico y jurídico, es distinto, por lo cual, se debe evaluar previamente su viabilidad, confrontando sus efectos e instituciones con nuestra realidad, y a partir del cotejo con los factores internos se decidirá el modelo de seguridad social que nos resulte más idóneo.

La elección del sistema de pensiones que en definitiva se adopte corresponderá a una decisión política, sin embargo, para ello será necesario que se cuente con el sustento técnico que justifique la elección de determinado modelo, lo que requiere de un debate previo en que participen todos los actores del escenario previsional: Estado, trabajadores, pensionistas y empleadores. Sin ello, no será posible lograr el objetivo final de una reforma previsional: mejorar significativamente el nivel de las prestaciones y mantenerlas en el tiempo, para brindar una pensión digna para todos los peruanos. Pueden fijarse objetivos adicionales, pero todos deberán estar –al final– subordinados a la obtención de dicho propósito.

Siguiendo esta costumbre, fue implantado, en el Perú a inicios de los noventa, el modelo de administración privada de las pensiones creado en Chile en 1980 por el Decreto Ley N° 3,500, como parte de la reforma total de la economía nacional, pasando de un esquema social de mercado a uno neoliberal, en el cual debería procurarse una participación limitada del Estado. Esto significó reemplazar el sistema de reparto (fondo común) por uno de capitalización individual.

Si bien en el año 1991 se dictaron los Decretos Legislativos N° 718 y N° 724, que crearon los Sistemas Privados de Salud y Pensiones, respectivamente, en tanto se les planteaba como regímenes alternativos (sobre la base del artículo 14° de la Constitución Política de 1979) no entraron en funcionamiento, por lo que es recién el 6 de diciembre de 1992, con la publicación del Decreto Ley N° 25897, que se registra el nacimiento formal del Sistema Privado de Pensiones (SPP) en el Perú.

Como da cuenta NEVES[8], en esa misma época se dictó el Decreto Ley N° 25967, que modificó diversas reglas establecidas para la percepción de las pensiones en el Sistema Nacional de Pensiones, elevándose el número de años de aportación y las bases de cálculo de la remuneración referencial, con el propósito evidente de desalentar la permanencia de los trabajadores en el régimen estatal y estimular su traslado al SPP. Nos recuerda que la creación del SPP, a imagen y semejanza del modelo chileno, fue muy cuestionada tanto por la ausencia de un debate público, como por la omisión de regular la institución de la pensión mínima[9], que era el elemento que supuestamente dotaba de solidaridad al nuevo régimen.

III. LAS POSICIONES A FAVOR Y EN CONTRA DE IMPLANTAR EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES EN EL PERÚ

Si bien nuestro país atravesaba una crisis que necesitaba de un cambio de rumbo inmediato, pues no sólo enfrentábamos un conflicto armado interno (terrorismo), sino también el padecimiento de una economía resquebrajada (en 1990 teníamos una hiperinflación que superaba el 7 600%), la solución en el campo pensionario no pasaba necesariamente porque el Estado trasladase su responsabilidad social a las empresas privadas, pues el modelo de capitalización se sustenta en un flujo regular de aportación en la cuenta individual, y justamente uno de los efectos del nuevo modelo económico peruano pasó por el despido masivo de trabajadores – tanto en el sector público como en el privado–, que aunado a la flexibilización de las normas laborales derivó en una minimización del mercado formal de trabajo.

El régimen general estatal de pensiones que regía en esa época (SNP)[10] estaba desfinanciado, específicamente por los siguientes factores:

- Una deficiente administración del Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), tanto en el aspecto financiero[11], como en lo burocrá-

---

[8] NEVES MUJICA, Javier, «Presentación», en VV.AA., *Sistema Privado de Pensiones: Desafíos y propuestas*, CEDAL, Lima, 1994, pp. 7-6.

[9] Regulada normativamente recién a partir del 18 de julio de 1995 con la Ley N° 26504, pero puesta en práctica operativa recién en el año 2002 (diez años después de la instauración del SPP) por la Ley N° 27617.

[10] Decreto Ley N° 19990, que coexistía con regímenes especiales paralelos como el de los empleados públicos (Decreto Ley N° 20530) y los miembros de las fuerzas armadas y policiales (Decreto Ley N° 19846), y regímenes complementarios como la Caja de Pensiones de Electrolima y la de Beneficios y Seguridad Social del pescador.

[11] En el periodo 1981-1988, el Perú registró una de las rentabilidades más bajas del mundo (- 37.4%), como se aprecia en: BANCO MUNDIAL, *op. cit.*, p. 110 (Gráfico 3.7).

tico[12], que lo llevaron a ser catalogado como «la entidad estatal peor manejada»[13];

- La utilización indebida de los fondos de pensiones por parte de los gobiernos de turno, que los destinaron a obras de infraestructura que poco o nada tenían que ver con el campo de la seguridad social;
- El modelo original de prima escalonada devino –con el tiempo– en uno de reparto simple, al no haber sido incrementada la tasa de aportación por la administración estatal[14];
- La tasa de mortalidad y la esperanza de vida (al llegar a los 60 años) se elevó, mientras el número de trabajadores disminuyó, tanto por el desempleo como por el aumento de la informalidad del mercado laboral.
- La hiperinflación de finales de los ochenta originó hasta tres cambios en la moneda nacional (del Sol oro al Inti, luego al Inti millón, y finalmente al Nuevo sol), perdiendo cada vez una parte considerable de su valor (y varios ceros).
- La informalidad laboral, el desempleo y el subempleo, que originaron la caída del aporte al fondo de pensiones, pues cada día se tenía menos trabajadores asegurados que pudieran sostener a los pensionistas.
- La alta evasión de las contribuciones de parte de los empleadores, dentro de los cuales el Estado figuró entre los principales deudores, al punto que se tuvo que emitir una norma legal expresa en la cual se reconociera dicho adeudo[15].

---

[12] El IPSS pasó de tener 25 mil trabajadores en el año 1985 a 40 mil en 1990. Es decir, que prácticamente duplicó el personal a su cargo en un lapso de apenas cinco años.

[13] Danós Ordóñez, José, «El Instituto Peruano de Seguridad Social y el Sistema Privado de Pensiones», en VV.AA., *Sistema Privado de Pensiones: Desafíos y propuestas*, CEDAL, Lima, 1994, p. 13.

[14] El modelo de prima escalonada se caracteriza por el reajuste periódico de los aportes: si éstos dejan de elevarse, llega un momento en que se produce una situación en que los ingresos se equiparan con los egresos, rompiéndose el esquema de capitalización al desaparecer los excedentes previstos, como indica Gordillo Tordoya, Eduardo, «Apuntes sobre los argumentos a favor de la privatización: Los grandes engaños colectivos», en VV.AA., *Sistema Privado de Pensiones: Desafíos y propuestas*, CEDAL, Lima, 1994, p. 100. En el mismo sentido opinan: Paz Panizo, Jorge/ Ugaz Vallenas, Rafael, *Análisis del Sistema Privado de Pensiones desde un enfoque de costos hundidos endógenos*, Lima, 2003, p. 10.

[15] El 15 de enero de 1999 se publicó en el Diario Oficial «El Peruano» el Decreto de Urgencia N° 067-98, que aprobó la valorización del saldo de la reserva del SNP, fijando en su sexto considerando que, por el periodo enero 1988 a diciembre 1996, los organismos del Sector Público tenían una deuda pendiente por aportaciones de S/. 551'337,115.87 Nuevos soles.

Los sistemas de reparto, como anota MONTORO[16], tienen un ciclo de vida típico, que se puede dividir en tres etapas: juventud, expansión y madurez. La diferencia entre cada etapa radica en el número de contribuyentes por pensionistas, pues al tratarse de un sistema de transferencias entre generaciones (de los jóvenes a los ancianos) la estructura de edades es un factor importante. Para que este modelo funcione se necesita cumplir dos requisitos: que sea masivo y que se mantenga la proporción activos y pasivos. Si esta relación se rompe, el sistema fracasa.

Se supone que la etapa de madurez se presenta cuando el sistema tiene más de 40 años de antigüedad, pero el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) en el Perú entró en esta etapa en el año 1990, con apenas 17 años. El coeficiente entre los trabajadores y pensionistas cayó de 14 (en 1990) a 9 (en 1991), principalmente –como se indicó– por los despidos masivos. Este escenario fue la excusa perfecta para aplicar el nuevo modelo, sin una evaluación previa de su impacto ni con un previo (e indispensable) debate respecto de su viabilidad y pertinencia.

Las razones –desde el punto de vista político y económico– de la implantación del SPP, las puede resumir Carlos BOLOÑA[17], quien fuera Ministro de Economía en esa época, uno de los principales impulsores del modelo y –a la vez– copropietario de una de las primeras AFP. Para él, la distribución de la renta no debe obedecer a criterios morales, sino económicos: a cada factor según su productividad. Las consideraciones morales son de carácter subjetivo. Los individuos deben tomar sus decisiones comparando los beneficios y costos que los afecten a ellos, y no a la sociedad. Si uno cree en la libertad individual, debe permitir que las personas cometan sus propios errores: si alguien quiere vivir ahora y sacrificar sus ingresos para la vejez, ¿qué derecho tiene el Estado de obligarlo a hacer lo contrario?

Considera que es una utopía socialista y estatista el prometer seguridad desde el nacimiento hasta la muerte. Añade, que el gran pecado de los sistemas estatales de pensiones es el prometer más beneficios de los que las aportaciones pueden pagar. El modelo de reparto está reñido con la política fiscal, pues si bien en un principio financiará el déficit (sus operaciones son superavitarias), luego se van a convertir en deficitarias, teniendo que ser pagadas por el gobierno. No existe ninguna justificación para que los jóvenes subsidien a los mayores. Si queremos subsidiar a los más pobres, hagámoslo con subsidios directos (impuesto a la renta negativo), no a través de un sistema de seguridad social.

---

[16] MONTORO, Carlos, «Costo de la reforma del Sistema Nacional de Pensiones: Una adaptación del modelo de generaciones traslapadas», en *Revista del Banco Central de Reserva del Perú*, Lima, julio 1999, pp. 59-61.

[17] BOLOÑA BEHR, Carlos, «¿Dueño de tu jubilación?», en *Instituto de Economía de Libre Mercado*, Lima, 1995, pp. 248.

Desde un punto de vista estrictamente técnico, MORÓN[18] considera que un SPP que es manejado competitivamente generará beneficios que largamente superarán su costo, mejorando las posibilidades que el afiliado reciba una jubilación intacta, a la par que permite la reactivación económica con una mayor inversión interna y la creación de un mercado de capitales. Este autor considera que el SNP estaba destinado a extinguirse gradualmente, completándose la transición, pero se le ha mantenido como una opción para los nuevos trabajadores, operando a costa de drenar los fondos del presupuesto general del gobierno. Mientras subsista, se va a permitir la existencia de distorsiones en el sistema previsional.

En contra de la implantación del SPP, autores como GORDILLO[19] (quien fue miembro de la comisión que en la década de los setenta elaboró el Decreto Ley N° 19990) sostienen que en casi todos los países del mundo, incluidos los industrializados y aquéllos que la tradición considera capitalistas, se aplica el sistema de reparto, sin que a nadie se le haya ocurrido cuestionarlos, aduciendo que son socialistas. Es más, añade que el SPP (en su matriz) no constituye una novedad, pues se trata del retorno a esquemas (de ahorro privado) descartados hace muchos años y que sólo subsistirían en algunos países de Asia y África (Cajas de Previsión de Ceilán, Nigeria, Uganda, Zambia y Tanzania).

Precisa que la jubilación en el Perú durante muchos años estuvo a cargo de las empresas privadas (referencia implícita: Ley N° 10624), cometiéndose múltiples injusticias contra los trabajadores, como el hecho de despedir a los más antiguos, coincidiendo cronológicamente con el cumplimiento del tiempo de servicio mínimo para pensionarse. Algunas de dichas empresas –indica– incluso forman parte de los principales accionistas de las AFP.

A su entender, la previsión (que procura el SPP) se limita al intento de sustituir la pérdida de la capacidad de ganancia producto de una contingencia, mientras que la seguridad social se orienta a la redistribución de la riqueza para los más pobres.

En sentido similar, MUJICA[20] considera que la motivación principal de la reforma no tuvo nada que ver con corregir el déficit del IPSS, la ampliación de la cobertura o la mejora de las condiciones de pensionamiento, sino con la disposición para las empresas privadas (en corto plazo y al menor costo) de la máxima cantidad de recursos. Lo último que interesaba eran los beneficios de los trabajadores. Desde su punto de vista, el SPP no sólo fue creado de manera improvisada y sin el debido cuidado, sino que sufrió importantes distorsiones debido a la intervención

---

[18] MORÓN, Eduardo/ CARRANZA, Eliana, *Diez años del Sistema Privado de Pensiones (1993-2003): Avances, retos y reformas*, Universidad del Pacífico, Lima, 2003, p. 13.

[19] GORDILLO TORDOYA, Eduardo, *op. cit.*, pp. 89-91-95.

[20] MUJICA PETIT, Javier, «Sistema Privado de Pensiones: Una nave que necesita otro rumbo», en VV.AA., *Sistema Privado de Pensiones: Desafíos y propuestas*, CEDAL, Lima, 1994, pp. 245-261-263.

(solapada o abierta) de importantes grupos empresariales y políticos. El Estado pretendió renunciar a su obligación de proteger a los más pobres.

Para ROMERO MONTES[21], el SPP propugna la tesis de que quien tuvo más suerte en la vida no tiene por qué apoyar a los desfavorecidos. La reforma destruyó la solidaridad, y cada quien deberá resolver sus problemas de insuficiencia. En nombre de la seguridad social se ha proclamado la antítesis de la misma. Pero lo más lamentable de este nuevo sistema, es que las AFP se jactan de la cantidad de dinero que captan de los aportes de los trabajadores y su rentabilidad, pero no pueden decir lo mismo de las pensiones que otorgan. Desde su perspectiva, cuando se trata de distribuir los recursos económicos públicos, los gobiernos han mostrado una tendencia a posponer los gastos destinados a rubros que tengan que ver con aspectos sociales, priorizando los resultados políticos.

La opinión de la Defensoría del Pueblo, que consta en el Informe N° 99 (El futuro de los sistemas de pensiones: Hacia una nueva relación entre el sistema público y el privado), se inclina a considerar que la aparición del SPP originó que parte de los afiliados del SNP (que como en todo sistema de reparto, sustentaban el pago de las pensiones) se trasladase a una AFP, mientras el número de jubilados no se redujo, profundizando la situación de desequilibrio. En suma, al crearse el SPP no se pensó en una adecuada articulación entre éste sistema y el antiguo, generando efectos negativos en el SNP. Se postula inclusive, que de estar vigente el SNP de manera exclusiva con una tasa de aporte del 13% y asumiendo que todos los afiliados del SPP (de vuelta en el SNP) abonaran regularmente sus aportaciones, el sistema registraría un superávit de S/. 431 millones de Nuevos soles.

La apreciación del ponente es que el SPP es un mecanismo útil de ahorro para el trabajador formal que inicia su cotización a partir de los 40 años, como máximo, tiene una proyección laboral medianamente establece de 15 a 20 años e ingresos promedio superiores a los S/. 1 000 Nuevos soles mensuales (US$ 330 Dólares), caso contrario, la posibilidad de acumular una suma considerable en la cuenta de capitalización será remota. Sin perjuicio de lo expuesto, y retomando lo avizorado en el 2006[22], ratifico mi preocupación por la vinculación tan directa entre el fondo de pensiones y las inversiones en el mercado financiero y bursátil, cuyo carácter voluble ha sido puesto a prueba (a costa de los afiliados) en los últimos meses, en la medida que más allá del hecho que sean administrados por empresas privadas, se trata de recursos dinerarios que representan la garantía de la vejez, por lo que

---

[21] ROMERO MONTES, Francisco, *op. cit.*, pp. 412-413.

[22] ABANTO REVILLA, César, «La formación del nuevo sistema de pensiones en el Perú después de la reforma constitucional: En busca del modelo adecuado», en *Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional*, SPDTSS, Libro de Ponencias del II Congreso Nacional, Arequipa, 2006, pp. 838-839.

no pueden estar condicionados a crisis económicas como la reciente, generando pérdidas que sólo se justifican en las inversiones comerciales o bancarias.

IV. LAS REFORMAS INCONCLUSAS: BUSCANDO EQUILIBRAR DESIGUALDADES

Si bien –en teoría– el SPP parecía un modelo eficiente, la afiliación masiva de los trabajadores (entonces asegurados al SNP) sin mayor información respecto de las ventajas (y desventajas) del nuevo sistema, conllevaron al inicio de reclamos, que se fueron incrementado con el paso de los años, al verificar los trabajadores que la pensión pagada por el SPP estaba –en no pocos casos– por debajo del mínimo reconocido en el régimen estatal.

En un inicio, el Decreto Ley N° 25897 preveía la posibilidad de retornar al SNP sin el cumplimiento de mayores requisitos. Este derecho era llamado reversibilidad, y estuvo vigente hasta el 1 de junio de 1996. A partir de esa fecha, quien se afilió al SPP no podría retornar al régimen estatal, hasta que el 5 de marzo de 2008 fue publicada la Resolución N° 080-98-EF/SAFP, que estableció un procedimiento de nulidad de afiliación al SPP, en base a causales específicas[23].

En tanto las causales de nulidad contempladas por ley no podían regular todos los supuestos que se presentaban en la práctica, los reclamos sociales continuaron, y fueron recogidos en diversos proyectos de ley que propugnaban la desafiliación del SPP sin expresión de causa, pero que fueron archivados en el Congreso de la República, principalmente por el impacto financiero que representarían tanto para el Estado como para las AFP, por el traslado (retorno) de un régimen a otro.

Con la finalidad de paliar –cuando menos en parte– estos reclamos, el 1 de enero de 2002 se publica la Ley N° 27617, que reguló formalmente la institución de la pensión mínima para el SPP, y estableció modalidades de jubilación anticipada[24] a favor de sus afiliados, para que se jubilen en el nuevo régimen bajo condiciones similares a las exigidas por el SNP. La citada norma no surtió el efecto esperado, pues los trabajadores siguieron reclamando su derecho a una libre desafiliación.

El 12 de agosto de 2006, el Poder Ejecutivo presentó ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley N° 26/2006-PE, que permitiría la desafiliación bajo supuestos excepcionales y urgentes, que deberían ser evaluados y aprobados previamente por una Comisión Especial. Mientras el citado proyecto era debatido,

---

[23] Tales como: **(a)** Si la firma del trabajador fue falsificada; **(b)** Si la afiliación efectuada por el empleador fue irregular; **(c)** Si el trabajador había sido excluido de la cobertura del seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio, porque la fecha del siniestro fue anterior a la fecha de su afiliación al SPP (nulidad por preexistencia).

[24] Hasta ese entonces, sólo se permitía la jubilación anticipada para los trabajadores que desarrollaban actividades riesgosas, como la minería o construcción civil (Ley N° 27252).

el Tribunal Constitucional, variando su criterio precedente, se pronunció a favor de la desafiliación del SPP (Expediente N° 1776-2004-AA/TC)[25] habilitando el retorno al régimen estatal (SNP) bajo tres causales específicas:

- La titularidad no ejercida: Cuando al afiliarse al SPP, el trabajador ya contaba con los requisitos para jubilarse en el SNP.
- La información deficiente o incompleta: Cuando el trabajador alegue que al momento de afiliarse no le informaron debidamente sobre las ventajas del nuevo régimen o con relación al derecho al bono de reconocimiento.
- Para los trabajadores que realizan labores que implican un riesgo para su vida o su salud (mineros y de construcción civil).

En la medida que la implementación de la segunda causal (información deficiente o incompleta) podía originar un retorno masivo al SNP, considerando que bastaba con su invocación por parte del afiliado, sin mayor sustento probatorio[26], se apuró la aprobación de la Ley N° 28991[27], norma que recogió dos de las tres causales establecidas por el Tribunal Constitucional, omitiendo la de información deficiente. Ante ello, se expide sentencia en el Expediente N° 7281-2005-PA/TC[28], en la cual se ratifica la validez de la causal soslayada, precisándose que a pesar de no estar incluida en dicha norma, la causal formará parte del ordenamiento legal.

Tanto el Reglamento de dicha ley (aprobado por Decreto Supremo N° 063-2007-EF) como sus normas operativas complementarias (Resolución SBS N° 1041-2007) mantuvieron la omisión de regular dicha causal, ante lo cual el Tribunal Constitucional respondió expidiendo cientos de fallos que la acogían. Ante ello, el Poder Ejecutivo terminó dando su brazo a torcer, y el 2 de diciembre de 2002 es publicada en el Diario Oficial «El Peruano» la Resolución SBS N° 11728-2008, que aprobó el procedimiento administrativo de desafiliación por la causal de falta de información, de acuerdo a los parámetros jurisprudenciales antes señalados.

Cuando parecía que el tema quedaba zanjado, el Tribunal Constitucional declaró fundada (en parte) la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28991, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0014-2007-PI/TC[29], ratificando la validez de la causal de falta de información, con precisiones pro pensio-

---

[25] Publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 20 de febrero de 2007.

[26] En esta causal en particular, el Tribunal Constitucional estableció que procedía la inversión de la carga de la prueba (o prueba dinámica), en virtud de la cual el afiliado no estaba en la obligación que fue informado de manera deficiente, sino que correspondía a la AFP y al Estado (a través de la SBS) probar que le informaron adecuadamente.

[27] Ley de libre desafiliación informada, publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 27 de marzo de 2007.

[28] Publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 15 de mayo de 2007.

[29] Publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 15 de mayo de 2009.

nista que no están incluidas en el procedimiento administrativo del 2008, facilitando la desafiliación, tales como la falta de exigencia de acreditación de los años de aportación, o la devolución de las comisiones cobradas por la AFP.

Asimismo, apartándose de criterios sentados en fallos anteriores (ver: Expediente N° 0050-2004-AI/TC, fundamento 140)[30], reconoce en los fundamentos 31 y 36 la posibilidad de extender la aplicación del principio de solidaridad al SPP (a efectos de justificar el pago de la pensión mínima en el SPP con cargo de los recursos del Estado), así como su pertenencia al campo de la seguridad social, antes negada.

Finalmente, partiendo de un análisis económico del registro de pérdidas del fondo de pensiones administrados por el SPP, en contraposición con los ingresos de las AFP por el mismo periodo (abril a setiembre de 2008), a raíz de los efectos de la crisis financiera mundial pasada, el Tribunal Constitucional concluye (fundamentos 36 a 39) que las pérdidas generadas como consecuencia del riesgo asumido en la administración de los fondos privados de pensiones también debe ser asumidos por las AFP, con cargo a su patrimonio y al porcentaje de sus comisiones.

La situación antes descrita, de conflictos entre el Poder Ejecutivo y el Tribunal Constitucional, que concluyen con un pronunciamiento jurisprudencial que es el que en definitiva delimita los criterios de interpretación y aplicación de una norma o una institución previsional, no hace sino ratificar lo expuesto por MORÓN[31], en el sentido que el mayor riesgo que enfrenta el SPP para lograr el éxito es el riesgo jurídico. Cabría agregar, junto con el citado autor, que tan o más riesgoso que el citado factor, es el riesgo político; pues la suerte, no sólo del SPP, sino del sistema en general, dependerá de la tendencia del gobierno de turno, que puede en su momento reestructurar, reformar o suprimir los regímenes existentes.

V. LA CRISIS FINANCIERA: PONIENDO EN RIESGO UN DERECHO FUNDAMENTAL

Como correctamente anota DURÁN[32], la crisis económica mundial afecta tanto a los sistemas de gestión pública como a los de gestión privada. Pero estamos

---

[30] 140. (...) la seguridad social dista en grado sumo de la concepción contractualista del seguro privado, conforme a la cual las aportaciones realizadas son el factor determinante que permite proyectar la retribución compensatoria luego de un periodo de tiempo. En la seguridad social, por el contrario, el principio de solidaridad cumple un rol vital, de manera tal que las prestaciones que brinda dicho sistema no se pueden medir sobre la base individualista del cálculo de los aportes realizados por cada pensionista, sino, de un lado, sobre una base redistributiva que permita elevar la calidad de vida del pensionista, y de otro, sobre pautas objetivas reveladoras de un estado de necesidad.

[31] MORÓN, Eduardo/ CARRANZA, Eliana, *op. cit.*, p. 141.

[32] DURÁN VALVERDE, Fabio, «Los efectos de la crisis en los sistemas de pensiones de la seguridad social», en VV.AA., *Crisis financiera mundial y sus efectos en el Sistema Privado de Pensiones*, Congreso de la República, Lima, 2009, pp. 36-40.

ante un fenómeno coyuntural. No es la primera que ha existido (ni será la última). Se trata de un problema cíclico en la historia de la humanidad: es un tema recurrente en el funcionamiento de los sistemas de pensiones. Mientras los sistemas de reparto tienen un mayor componente de riesgo demográfico, los de capitalización están expuestos a un mayor riesgo financiero.

El problema surge porque los efectos de la crisis se están discutiendo en un plano económico y financiero, a pesar que se trata de un aspecto de la seguridad social, es decir, un tema que atañe derechos humanos fundamentales. No se trata de un elemento o factor del mercado privado, sino de la economía pública, pues afecta a los recursos que garantizarán el acceso (o goce) de un derecho en la vejez.

El carácter público de los sistemas previsionales es independiente de la forma en la cual se financian o de quién los gestiona. El Estado establece un sistema y a la vez determina quién lo va a administrar, pero en ningún momento se perderá la naturaleza pública del mismo, en su origen y desarrollo. El Estado será el garante financiero de última instancia, por tanto, no puede desentenderse de lo que pasa. Es el que funda el sistema, y tiene que garantizar que la información suministrada a los afiliados es la correcta, la pertinente para la toma de decisiones[33].

Como señalamos hace algunos años, el sistema de capitalización dejó abierta la puerta del riesgo al vincular las futuras pensiones a la volatilidad de los mercados financieros y bursátiles. El principal argumento de quienes impulsan este modelo, parte de una premisa errada: si todos los afiliados aportan a sus cuentas, estos fondos se invertirán en la estructura productiva interna, generando un desarrollo económico. Sin embargo, esta evaluación se centra en el escenario económico, sin considerar los problemas del mercado laboral (informalidad, desempleo y subempleo), dejando de lado también el aspecto social del derecho en cuestión. A decir de TORTUERO, en la búsqueda de una mayor eficacia empresarial se pretende rebajar los costos, impactando los derechos sociales[34].

En el mismo sentido, FRANCKE se pregunta[35] ¿si deben las pensiones de jubilación basarse en sistemas financieros que son intrínsecamente riesgosos? ¿Si deben depender de un sistema que a veces de muy alta rentabilidad, y otras cae? En el que uno tiene suerte a veces, y otras no. ¿Si las pensiones deben ser apostadas en un sistema en el cual las acciones suben y bajan? Para el citado autor, la

---

[33] *Ibidem*, pp. 45 a 47.

[34] En expresión que compartimos: TORTUERO PLAZA, José, «Los Sistemas de Pensiones en Europa y Latinoamérica: Realidades, expectativas e ideas para un debate», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 54*, Madrid, 2004, pp. 55-56.

[35] FRANCKE BALLVE, Pedro, «El Sistema Privado de Pensiones peruano: Balance y perspectivas», en VV.AA., *Crisis financiera mundial y sus efectos en el Sistema Privado de Pensiones*, Congreso de la República, Lima, 2009, pp. 71-75.

respuesta es simple: en la combinación de riesgo y seguridad, las pensiones deberían estar más orientadas hacia la seguridad.

Para BURNEO[36], la formalización del mercado laboral es clave en el problema de fondo, tanto para el SPP como para el SNP, pues permitirá la implementación de los seguros sociales que –en puridad– se aplican actualmente en el Perú, aunque se muestra en contra de la afiliación obligatoria a los trabajadores independientes, pues atentaría contra la libertad de elegir la mejor opción para ahorrar.

En relación a los efectos de la crisis financiera internacional en el SPP, cuestiona el hecho que mientras que todos los fondos previsionales han registrado pérdidas, la rentabilidad sobre el patrimonio de las AFP ha sido positiva. Considera que es el tipo de contrastes que genera malestar por el lado de los afiliados[37]. De manera sarcástica, propone la creación de un Fondo 5 de inversión, que consistiría en que el dinero del asegurado se invierta únicamente en acciones de las AFP, pues en plena crisis no se ha hecho mella en su rentabilidad.

Pero más allá de la discusión sobre el impacto de la crisis en el SPP y los demás regímenes, la pregunta es ¿y la gente que no tiene pensión? ¿Quién ve por ellos? El problema número uno de la seguridad social en el mundo, en especial en los países en desarrollo, es la cobertura. Hay millones de personas en el Perú que no se preocupan por el tema de la crisis, pues no tienen acceso a nada, a ninguna pensión, a ningún servicio de salud, a nada de nada[38].

En ese sentido, vemos la necesidad impostergable de regular de manera paralela o conjunta con el régimen complementario (público y privado), un pilar solidario o régimen no contributivo (a cargo del Estado) para las personas mayores de 65 años en estado acreditado de pobreza extrema, que carezcan de pensión alguna.

VI. EL RÉGIMEN NO CONTRIBUTIVO: UNA SEGURIDAD SOCIAL PARA TODOS

Todo sistema de seguridad social debe tener como pilares básicos la solidaridad y la universalidad.

En un país como el nuestro, en el que hemos visto que existe un alto índice de pobreza (39%) y pobreza extrema (13.7%), y en el cual el mercado laboral está

---

[36] BURNEO FARFÁN, Kurt, «Reflexiones en torno al Sistema Privado de Pensiones en el contexto de la crisis financiera internacional», en VV.AA., *Crisis financiera mundial y sus efectos en el Sistema Privado de Pensiones*, Congreso de la República, Lima, 2009, p. 51.

[37] *Ibidem*, pp. 57-62.

[38] DURÁN VALVERDE, Fabio, *Los efectos de la crisis en los sistemas de pensiones de la seguridad social*, pp. 43.

afectado por fenómenos como la informalidad, el desempleo y el subempleo, e incluso se registran altos índices de morosidad contributiva en la economía formal, resulta indispensable evaluar la viabilidad de un régimen de pensiones solidarias o no contributivas, que no deben ser vistas como una política asistencialista, sino como un mecanismo de inversión social, pues la experiencia en otros países de la región ha demostrado que la incidencia de pobreza puede reducirse hasta 65%, amén de constituir un factor de dinamización de la economía familiar, pues pese a ser por lo general un porcentaje de la pensión mínima regular, esta prestación se utiliza no sólo para atender las necesidades esenciales (alimentación, vivienda y salud), sino que también permite apoyar en la educación de los nietos e inclusive, en las zonas rurales, para la compra de semillas y alimento para sus animales.

En el Perú, cerca del 10% de la población total es mayor de 60 años. De éstos, un considerable número carece de alguna protección de parte de la seguridad social, especialmente aquéllos que viven en zonas rurales. Esa situación ha originado un aumento en la proporción de personas mayores que siguen trabajando más allá de la edad jubilatoria, generalmente en ocupaciones precarias.

Pese a las repetidas reformas previsionales de las últimas décadas, aún no se ha logrado ampliar la cobertura ni reducir los índices de pobreza para las personas mayores. Lamentablemente, dentro de las soluciones planteadas hasta la fecha se ha optado por dejar de lado la opción de las pensiones no contributivas, pues se han centrado en mejorar la administración de los regímenes contributivos, lo que en la práctica ha creado exclusiones y desigualdad, al favorecer a aquéllos que tienen un empleo formal, pese a constituir el menor porcentaje de la PEA.

Como precisa DURÁN (*et al.*)[39], las pensiones no contributivas están diseñadas para fijar un piso o nivel mínimos de ingresos, reduciendo los niveles de pobreza entre los adultos mayores, e indirectamente en el resto de la población. La aplicación de un sistema como éste depende de una decisión política pública que debe fijar su visión en un desarrollo al mediano y largo plazo. Además de la determinación de los beneficiarios, el costo monetario, fiscal y los gastos operativos, deberán fijarse los requisitos (edad, acreditación del estado de pobreza, años de residencia, etc.), cuidando la posibilidad de factores de corrupción en los funcionarios encargados de calificar y aprobar la concesión del derecho.

Para FRANCKE[40], buena parte del problema previsional está vinculado al mercado laboral, es decir, a una materia independiente de la seguridad social;

---

[39] DURÁN VALVERDE, Fabio *et al.*, «Proyecciones demográficas y financieras para el análisis de la viabilidad de las pensiones no contributivas en el Perú», en *Envejecimiento con dignidad: Pensiones no contributivas para reducir la pobreza en el Perú*, Lima, 2009, p. 65.

[40] FRANCKE BALLVE, Pedro, *op. cit.*, pp. 67-70.

por tanto, se debería evaluar como alternativa otorgar pensión a todos los mayores de 65 años en zonas rurales (de manera similar a la Previdencia Rural de Brasil), que costaría unos S/. 850 millones de Nuevos soles anuales (0,3 del PBI), calculado bajo la idea una pensión de S/. 200 Nuevos soles mensuales, que puede parecer una prestación baja, pero para un pobre que no tiene pensión significa un cambio.

En sentido similar opinan MORÓN y ROSTAGNO[41], quienes consideran que la baja cobertura está asociada a la informalidad del mercado laboral, donde casi un tercio de las MYPE son en realidad empresas de subsistencia. Al parecer de estos autores, los únicos elegibles para recibir el beneficio de la pensión no contributiva deberían ser los adultos mayores de 65 años de edad que acrediten condición de pobreza, y el beneficio debería fijarse en el equivalente a un tercio de la RMV (S/. 183 Nuevos soles)[42], pues de establecerse en montos mayores podría originar un traslado de asegurados del régimen contributivo. En ese escenario, el costo anual sería el equivalente al 0.91% del PBI. En el cuadro siguiente se verifican ejemplos que varían dependiendo del monto de la prestación y el grupo seleccionado:

Costo de las Pensiones No Contributivas
Porcentaje del PBI al año 2010

Monto en S/.	Pobreza	Pobreza extrema
300	1.49%	0.61%
183	0.91%	0.37%
100	0.50%	0.20%

Elaboración: MORÓN / ROSTAGNO

El impacto de este programa es considerable en términos de cobertura, pues se pasaría –en el escenario más conservador– del 32% al 68%[43].

Desde la perspectiva del ponente, implantar un régimen contributivo no constituye un retroceso en el campo de la seguridad social, por el contrario, en la actualidad, el Perú tiene dos regímenes que –en puridad– están más cercanos al modelo del seguro social de Bismarck, pues están condicionados a la contribución de quienes ostentan la calidad de trabajadores formales, que representan

---

41 MORÓN, Eduardo/ ROSTAGNO, Marín, «Viabilidad de un sistema de pensiones no contributivas en el Perú», en *Envejecimiento con dignidad: Pensiones no contributivas para reducir la pobreza en el Perú*, Lima, 2009, p. 100.

42 Deberá agregarse, como un requisito adicional, que el beneficiario no perciba pensión por ningún régimen de pensiones general, especial o complementario.

43 *Ibidem*, p. 107.

además el menor porcentaje de la PEA. El SPP, inclusive, puede ser visto como una forma moderna de ahorro personal, gestionado por empresas privadas que invierten los fondos, de manera similar a lo que haría un banco; por tanto, está por detrás incluso del seguro social, el mutualismo, la beneficencia y el asistencialismo.

Los regímenes solidarios o no contributivos están orientados a materializar la idea de una seguridad social para todos, en especial para quienes más lo necesitan, que son justamente los excluidos del mercado laboral formal, e irónicamente, los que aportan (de manera indirecta, a través de los impuestos) a sostener tanto al régimen estatal (SNP, subsidiado mensualmente por el Tesoro Público) como al propio SPP (pues los bonos complementarios de la pensión mínima y jubilación anticipada se pagan con cargo a los recursos estatales). Si nos damos cuenta, en el Perú actual tanto el SNP (por el subsidio directo) como el SPP (a través de los bonos y demás complementos) son pagados en parte por la colectividad.

Tomando en cuenta la realidad de nuestro país, debemos evaluar la experiencia de naciones cuya diversidad geográfica, cultural e, inclusive, étnica es similar a la peruana; por ello, ejemplos como la Previdencia Rural y la Prestacao Continuada de Brasil, o el Bonosol y la Renta Dignidad de Bolivia, podrían sernos de utilidad al analizar los componentes y características de un futuro régimen no contributivo.

En ese sentido, el financiamiento de este régimen podría provenir tanto de aplicar un punto adicional al Impuesto General a las Ventas como al Impuesto a la Renta, que son los tributos de mayor recaudación, así como de un Fondo Asistencial del 1% de las pensiones del SNP y el SPP superiores a S/. 800 Nuevos soles, para corresponder a la solidaridad previsional que la población sin pensión ha asumido de manera indirecta al subsidiar ambos regímenes. También se le podría asignar un porcentaje fijo del canon minero o, como ocurrió en el caso del FONAHPU[44], la transferencia de las acciones de una empresa estatal.

Este régimen no contributivo podría regularse de manera paralela o como el pilar solidario del modelo contributivo complementario único (público-privado) que se implante a partir del modelo del Banco Mundial (1994), y que desde hace varios años viene siendo avalado en el Perú por la doctrina[45], la Defensoría

---

[44] Fondo Nacional de Ahorro Público (FONAHPU), que en 1998 consistió en una bonificación a favor de los pensionistas con prestaciones por debajo de los S/. 1 000 Nuevos soles. Por Ley N° 27319, publicada el 22 de julio de 2000 en el Diario Oficial «El Peruano», se le transfirió la titularidad de las acciones de ELECTROPERÚ S.A.

[45] Por todos: Gonzales Hunt, César, «La necesaria reforma del sistema de seguridad social en pensiones: De la fórmula alternativa entre el sistema público y el privado a una relación de complementariedad con prevalencia del sistema privado», en *Desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo y los Regímenes de Pensiones en el Perú. Libro de Ponencias del I Congreso Nacional*, SPDTSS, Trujillo, 2004, pp. 315-348.

del Pueblo[46], el Ministerio de Economía y Finanzas[47], la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, y por las Centrales Sindicales de Trabajadores[48], que cuente con una central única de recaudación y los mecanismos legales (coactivos, civiles y penales) para accionar en contra de los empleadores morosos, pero –principalmente– con un saneamiento previo del mercado laboral, que procure la reducción del fenómeno de la informalidad. De la misma manera, debe instaurarse con carácter obligatorio un curso de seguridad social a nivel de educación básica y superior, para que las nuevas generaciones –a diferencia de sus antecesores– entiendan las ventajas de estar protegido ante las contingencias que pueden suceder en el desarrollo de la vida laboral[49].

---

[46] Informe Defensorial N° 99 (recomendación cuatro).

[47] Marco Macroeconómico Multianual 2007-2009 (Recuadro 4, punto iii).

[48] Propuesta de las Centrales Sindicales para la reforma de la seguridad social en el Perú. *Hacía una seguridad social universal y solidaria*, Ebra, Lima, 2007, pp. 94.

[49] Este aspecto también ha sido considerado como una de las medidas adicionales dentro de la reciente reforma en Chile, como consta en el Informe del Consejo Asesor Presidencial para la Reforma del Sistema Previsional: *El derecho a una vida digna en la vejez*, (Resumen Ejecutivo), Santiago, 2006, p. 24.

ARTICULACIÓN DE LOS SISTEMAS PÚBLICO Y PRIVADO EN EL SISTEMA PREVISIONAL CHILENO

Hugo Cifuentes Lillo[1]

Este estudio[2], que efectuamos para el 1er. Encuentro Peruano-Chileno de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Lima de julio de 2009, tiene como objeto considerar como se articula lo público y lo privado en el sistema de seguridad social chileno. Para ello, presentaremos las características principales del modelo, analizando el espacio que la legislación ha consagrado para el sector público y el sector privado, en particular, en la gestión y administración, y el rol que se establece para la Autoridad Pública. Veremos como la actuación de ambos sectores se da, en determinadas materias, en forma exclusiva y otras, en términos de amplia colaboración. Tendremos presente el espacio reservado a la participación social. La descripción del modelo la realizaremos siguiendo los factores claves de la seguridad social: prestación asegurada, población cubierta, régimen de financiamiento y administración, gestión y control.

---

[1] El autor es abogado, Doctor en Derecho, Profesor de Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y de la Universidad Diego Portales, miembro de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; es asimismo Delegado de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, OISS, en Chile.

[2] El estudio que aquí se presenta tiene como antecedentes: a) el artículo «Características Generales del Sistema de Seguridad Social Chileno», publicado en la *Revista Laboral Chilena* N° 5 y 6, de mayo y junio de 2005, pp. 61 y ss., 75 y ss., respectivamente y b) Publicación en conjunto con el profesor Francisco WALKER E. «Aspectos generales de la Ley N° 20.255 que establece una reforma previsional», publicado en la *Revista Laboral Chilena* N° 4 de abril de 2008, pp. 88 y ss.

Todas las consideraciones que efectuaremos tienen presente que el sistema de seguridad social es una obligación que atañe en primer lugar al Estado: él lo crea, organiza, regula, controla y también, participa en la administración de las prestaciones. La intervención de los privados se efectúa, generalmente, en régimen de colaboración.

Dividiremos el trabajo en tres partes, en la primera se incluirán los datos que entendemos como mínimos, para describir la evolución del modelo en los aspectos que aquí interesan, en una segunda parte revisaremos los regímenes de protección, para por último, entregar unas conclusiones sobre el rol de los privados y el sector público en la seguridad social chilena.

I. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA

1. Antecedentes relevantes

La seguridad social chilena tiene sus orígenes en la legislación de principios del siglo XX, de especial importancia son las llamadas «leyes sociales» aprobadas por el Congreso Nacional en septiembre de 1924. Por dicha legislación se establecieron las bases del sistema de seguridad social, especialmente en materia de pensiones, accidentes del trabajo y salud.[3]

El derecho a la seguridad social se encuentra garantizado a todas las personas por la Constitución Política de la República[4]. El constituyente de 1980[5] estableció, entre otros aspectos, que la acción del Estado está dirigida a asegurar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea a

---

[3] A principios del siglo XX y antes de 1924, se dictaron leyes sobre indemnización por accidentes del trabajo, caja de ahorro de los ferrocarriles, caja de retiro y montepío de las fuerzas armadas.

[4] El artículo 19 asegura, N° 18, «El derecho a la seguridad social. Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado. La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias. El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social»

[5] Ya la Constitución anterior (1925) abordó esta garantía, al referirse a las obras de previsión social, en especial en cuanto a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, de forma de proporcionar un mínimo de bienestar, adecuado a las necesidades de cada habitante y las de su familia. Se indicó que al Estado corresponde velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Por último, estableció que cada año deberá destinarse una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad. Esta garantía fue revisada en 1970, reemplazándose por un texto que incorporó una concepción adecuada a su época de la seguridad social y su contenido.

través de entidades públicas o privadas, pudiendo establecerse cotizaciones obligatorias. El constituyente dispone, además, que toca al Estado la supervigilancia del adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social.

La Constitución, asegura también y de manera específica, el derecho de todas las personas a la protección de la salud[6]. Se establece que es responsabilidad del Estado garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud. Le corresponde, asimismo, la coordinación y control de todas las acciones de salud. Es, por tanto, deber del Estado garantizar que esas acciones se ejecuten, ya sea que ellas se presten a través de instituciones públicas o privadas. Conforme el texto constitucional, toca a la ley el establecimiento de cotizaciones obligatorias y cada persona tiene el derecho de elegir el sistema de administración de salud al que desee acogerse, sea estatal o privado[7].

Conforme con las indicadas reglas constitucionales, es posible sostener que el modelo chileno de seguridad social se estructura sobre el principio de la universalidad subjetiva, es decir, se da cobertura a toda la población, siendo necesario, claro está, considerar en particular cada uno de los regímenes de prestaciones para determinar los requisitos y condiciones que se exige a las personas para acceder a los beneficios, sólo de esta forma es posible evaluar su grado de suficiencia e integralidad.

El régimen general de protección es obligatorio y contributivo para todos los trabajadores dependientes y llegará a serlo también, para los autónomos, una vez concluido el proceso gradual de su incorporación[8]. Hasta la fecha, entonces, es de adscripción voluntaria para los independientes y obligatoria para los que prestan servicios bajo dependencia y subordinación, cualquiera que sea la vigencia o tipo del contrato y empleador (del sector público, del sector

---

6 El artículo 19 asegura, N° 9, «El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado».

7 Conforme lo dispuesto por los Art. 65 y 66 de la Constitución de 1980, las leyes de seguridad social son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, y su aprobación, modificación o derogación, requieren del quórum calificado en el Congreso; es decir, mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio.

8 Ley 20.255, sobre reforma previsional del año 2009, art. 86 y ss., la incorporación es gradual y tomará varios años según el calendario que la misma ley contempla.

privado, agrícola, del sector marítimo, del servicio doméstico, etc.), salvo las tres excepciones que indicaremos.

En cuanto a la protección por pensiones, el régimen general es por capitalización individual y aplicable a todos los trabajadores, salvo respecto de las FF.AA. y Policía, los imponentes de los antiguos regímenes de reparto y algunos regímenes excepcionalísimos, como es el caso de las pensiones para exonerados políticos.

Los afiliados al régimen general para pensiones pueden efectuar cotizaciones y aportes voluntarios, en más de una modalidad asociadas al ahorro previsional, a fin de incrementar el saldo de su cuenta individual para mejorar la pensión o adelantar el momento de pensionarse.

El sistema de seguridad social vigente, en particular en pensiones, es fruto de un proceso de más de 90 años de desarrollo, en que se avanzó de la protección en un contexto de seguros sociales profesionales, a uno más amplio de seguridad social, vía «ensanchamiento» de los seguros existentes a fin de incorporar a más trabajadores, hasta un momento (1980) en que mediante una reforma estructural se rompe o termina con el esquema financiero y de gestión existente, reemplazándolo por uno de capitalización individual, el cual en sus ya 29 años de existencia ha experimentado importantes transformaciones, siendo la más relevante la del 2008, que hacen al sistema más social, a la espera de dar mayor cobertura, abordar inequidades, entre otras de género, y favorece mayores niveles de acumulación de ahorro, para generar pensiones con mejores tasas de reemplazo.

La cobertura por salud común y por accidentes y enfermedades profesionales se otorga por seguros sociales, estructurados con régimen financiero de reparto.

En materia de desempleo existe un régimen contributivo por cuentas individuales asociado a un fondo solidario de reparto para los trabajadores del sector privado.

Se encuentran en vigor regímenes previsionales de prestaciones familiares (asignaciones familiares focalizadas a afiliados de ingresos medianos y bajos), de subsidios por reposo maternal y por enfermedad de hijos menores de un año, todos los cuales son de financiamiento puramente fiscal.

La **GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN** del sistema chileno puede calificarse como mixto, ya que intervienen instituciones tanto públicas como privadas. En el país existe una larga tradición de participación de agentes privados en la gestión, especialmente de instituciones sin fines de lucro. De las actuales entidades privadas de previsión social, las Cajas de Compensación de Asignación Familiar, CCAF y las Mutualidades de Empleadores para Riesgos del Trabajo, tienen una historia de gestión en la materia de más de 50 años. Estas entidades

son de origen empresarial sin ánimo de lucro y en su dirección superior se considera la intervención de representantes de los trabajadores de las empresas adheridas y afiliadas. En el caso de las CCAF, la decisión de afiliarse a una de ellas debe contar con el acuerdo de los trabajadores de la empresa de que se trate.

Respecto de la administración del régimen de pensiones de capitalización individual y del seguro de cesantía, la ley ha contemplado la intervención en exclusiva del sector privado a través de sociedades anónimas, que como es de su esencia, actúan con ánimo de lucro. La institución de las AFP fueron introducidas en la legislación chilena, hace ya 28 años, en tanto que la intervención de un administrador del régimen de cesantía de índole privada cuenta ya con cerca de diez; el tiempo que lleva en aplicación el seguro.

En lo que se refiere a las prestaciones de salud y respecto de la población afiliada cotizante que opte por excluirse del sistema general y público gestionado por los servicios de la red pública de salud y los prestadores que mantengan convenios con el Fondo Nacional de Salud, FONASA, se contempla la intervención de entidades privadas, Instituciones de Salud Previsional. Las ISAPRES pueden o no actuar con fines de lucro en el otorgamiento de las prestaciones para los trabajadores que se afilien a ellas mediante la suscripción de un contrato de salud. Las personas que convengan dichos contratos con una ISAPRE, pueden o no ser afiliados al régimen de pensiones.

La existencia de un contrato de salud en el ámbito de la seguridad social es una demostración de la integración de instituciones del Derecho privado en el ámbito de una rama del Derecho público o, al menos del Derecho social.

En el caso de las prestaciones familiares (asignaciones), subsidio de cesantía, beneficios monetarios por salud (subsidio por incapacidad laboral transitoria) y por accidentes y enfermedades del trabajo, participan en la gestión entidades privadas en conjunto o en paralelo con organismos públicos, como expondremos más adelante.

El Estado, en cuanto administración pública, también interviene directamente en la gestión de seguros sociales, tal es así que administra integralmente y en exclusiva, el sistema de pensiones «antiguo» o de reparto en extinción, a través del Instituto de Previsión Social IPS. A su vez, el Estado participa en la gestión de las prestaciones de salud y en todas las acciones que la protección de la salud pública involucra, por medio de la red pública de salud y el FONASA. El Instituto de Salud Laboral, ISL, es el administrador natural del seguro social de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en relación con la gestión encargada a las Mutuales de empleadores.

Por otra parte, el Estado gestiona y administra directamente las prestaciones no contributivas o asistenciales de salud, las pensiones solidarias y los

aportes solidarios de pensiones y el subsidio único familiar (SUF). Las entidades públicas encargadas de esta gestión son la red de Salud, a través de sus centros hospitalarios; el IPS en lo que se refiere al régimen de pensiones solidarias. En el otorgamiento de los subsidios únicos familiares, participan las Municipalidades, en tanto que su pago corresponde al IPS, el cual también interviene en el otorgamiento de los subsidios de cesantía.

El Estado efectúa importantes aportes al sistema contributivo de seguridad social, financiando, por ejemplo: casi, sino en su totalidad, las pensiones mínimas del antiguo sistema gestionado por el Instituto de Previsión Social, IPS; pensiones básicas solidarias, aportes solidarios y pensiones mínimas de garantía estatal en el sistema de capitalización individual mientras existan por pagar; los déficit presupuestarios del sistema público de salud; los bonos de reconocimiento[9], y aporta al Fondo Solidario del Seguro de Cesantía, FCS. Se añade a lo dicho, que el Estado responde por los regímenes de asignaciones familiares, de subsidios por cesantía, por reposo maternal, por cuidado del hijo menor de un año gravemente enfermo, así como de atención de salud a la tercera edad.

La autoridad pública, a través de organismos especializados y autónomos, denominados Superintendencias[10], controla, fiscaliza, resuelve los conflictos en el ámbito administrativo y regula la actuación, de los servicios públicos y entidades privadas que intervienen en la gestión. El control indicado no excluye la competencia de los tribunales de justicia[11].

La Dirección Superior de la política de Seguridad Social corresponde al Ministerio del Trabajo y Previsión Social, a través principalmente, de la Subsecretaría de Previsión Social, que es el órgano de colaboración inmediata del Ministro y que coordina la acción de los servicios públicos del área.

Tanto el sistema de pensiones como el seguro de cesantía cuentan con instancias de participación: las Comisiones de Usuarios y la Comisión Consultiva Previsional[12].

En cuanto a estadísticas en materia de pensiones es posible indicar, según datos estimados para el año 2008, que la población total del país ascendió a

---

9 El bono es un instrumento expresado en dinero, representativo de los períodos con imposiciones que registre en los regímenes de pensiones actualmente gestionados por el IPS, los imponentes optaron por afiliarse a una AFP.

10 Existen tres Superintendencias en el área: Superintendencia de Seguridad Social, SUSESO; Superintendencia de Pensiones, SUPEN, y Superintendencia de Salud.

11 El Código del Trabajo por el art. 420 da competencia a los tribunales del trabajo en materias de previsión o seguridad social.

12 La creación de las Comisiones indicadas son particularmente importantes, porque se constituyen en una instancia relevante hacia la participación consultiva y el diálogo social.

cerca de 16 600 000 personas, de la cual la Población Económicamente Activa[13] es algo más que 7 000 000 de personas.

En lo que se refiere a la cobertura por pensiones, el número total de afiliados a las AFP para el 2008 fue de algo más que 8 100 000 personas[14]. Por su parte, el número de activos cotizantes para el mismo año en promedio llegó a poco de más de 4 300 000 personas, lo que es algo más del 50% de los afiliados.

En los regímenes de pensiones de reparto gestionados por el IPS, el número de personas imponentes promedio a 2008 era de 103 420.

Por su parte, los beneficiarios de pensiones previsionales (ya sean por vejez, invalidez o sobrevivencia) en los regímenes gestionado por el IPS para 2007, fueron aproximadamente 977 000. En el régimen previsional de FF.AA. y Carabineros, los pensionados para el 2007 fueron de un número levemente superior a los de 160 000 pensionados. La suma total de pensionados por regímenes que no son de capitalización es de poco más de 1 100 000 personas. En tanto que en el sistema por capitalización individual, el número ascendía al año 2007 a cerca de 642 064 pensionados.

II . LA ARTICULACIÓN DE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN CADA UNO DE LOS DISTINTOS REGÍMENES DE SEGURIDAD SOCIAL

2. Sistema de Pensiones

A partir de 1981, en virtud de lo dispuesto por el Decreto Ley 3 500 de 1980, entró en vigor una reforma estructural del sistema de pensiones, estableciéndose un régimen obligatorio, basado en la *capitalización individual*, sin perjuicio de la subsistencia en extinción, del denominado «sistema antiguo». Los cambios introducidos por la Ley 20.255 de 2008, en lo esencial mantiene el régimen de capitalización individual, gestionado por AFP, lo que ha significa no cambiar el sistema en este aspecto principal, pero sí perfeccionarlo y hacerlo más social.

En materia de **COBERTURA** y como ya se indicó, el régimen a cargo de AFP, es obligatorio para todos los trabajadores dependientes y lo será al cabo de algunos años (2014) para los trabajadores autónomos.

El sistema de seguridad social cuenta de forma complementaria al régimen por capitalización individual, con un régimen de pensiones y aportes solidarios,

---

[13] P.E.A. (hombres y mujeres entre 14 y 65 años de edad). Datos del INE.

[14] La cifra expuesta es superior a la que corresponde a la PEA., lo cual es producto del carácter de la afiliación al régimen de pensiones por capitalización individual: única, permanente e irrevocable. Datos: Boletines de la SUPEN.

por vejez e invalidez en aplicación a contar del año 2008 y en fases progresivas de implementación, con financiamiento fiscal para los chilenos y extranjeros residentes, perteneciente al 60% más pobre de la población, que con 65 años o más no han logrado generar una pensión propia, o la que han financiado con el saldo de su cuenta individual, se encuentra bajo un determinado umbral de renta.

La aplicación del régimen general complementado por el de pensiones solidarias debe dar por resultado, que una vez que este último se encuentre en vigencia total, toda la población residente que cumpla con los requisitos acceda a pensión y que puedan exigirla como un derecho. Las expectativas de una muy amplia, si no completa, cobertura por pensiones para la tercera edad en los próximos años son muy razonables.

En conjunto con los regímenes anteriores subsisten, en el ámbito contributivo, regímenes de reparto (ya minoritarios, en cuanto a imponentes como se indicó), para aquellos trabajadores que no optaron por él de AFP (hasta ahora llamado «nuevo sistema de pensiones»), se trata de regímenes en extinción, gestionados por el IPS.

Por su parte, las Fuerzas Armadas (en sus tres ramas: Ejército, Aviación y Marina), policía (Carabineros e Investigaciones) y personal penitenciario uniformado, cuentan con su propio sistema de seguridad social: Cajas de Previsión de la Defensa Nacional, CAPREDENA y Dirección de Previsión de Carabineros, DIPRECA, respectivamente, cuyo régimen financiero es de reparto. Ambas Cajas de Previsión aseguran a los afiliados y a sus cargas de familia prestaciones por todas las contingencias cubiertas. Este seguro social es autónomo e independiente.

Los trabajadores automáticamente afiliados y obligados a cotizar son los menores de 65 años, si son hombres, o de 60 años, si son mujeres, para los mayores de esa edad la cotización es voluntaria. Cabe indicar que la edad de pensión efectiva de la mujer tiende a ser con posterioridad a los sesenta años.

A propósito de la cobertura, conviene señalar que en materia de portabilidad de pensiones y de derechos en curso de adquisición, Chile ha suscrito un número significativo de convenios bilaterales de seguridad social[15] especialmente sobre pensiones, en los cuales se establece respecto que los afiliados podrán obtener que se certifiquen los años y meses con cotizaciones en cada uno de los Estados

[15] Chile tiene convenios de este tipo vigentes a la fecha, entre otros, con los siguientes países: Alemania, Argentina, Austria, Australia, Bélgica, Brasil, España, Estados Unidos de Norteamérica, Francia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Perú, Portugal, Suecia, Suiza y Uruguay.

contratantes a fin de acreditarlos en el país en que invoca el convenio, para así cumplir con los requisitos mínimos para abrir el derecho a una pensión. Los períodos acreditados en el otro Estado, permiten junto con los reconocidos en el país de residencia, llegar a sumar el período mínimo, para acceder a una pensión.

El año 2004[16], se publicó, en el Diario Oficial, el convenio bilateral de seguridad social con la República del Perú, en el cual se «reconoce el derecho de los trabajadores de transferir el saldo acumulado en sus cuentas ... de una Parte Contratante a otra, con el fin que sean administrados» por la AFP de su elección (Art. 18 N° 1). Este es el primer convenio que permite la portabilidad de los Fondos existentes en las cuentas individuales entre dos países con regímenes de pensiones por capitalización individual. Se exige que el trabajador que acredite al menos tres años de cotizaciones para el traslado de los fondos, facultad que puede ejercer una sola vez. El Acuerdo Administrativo correspondiente fue publicado en Chile el 7 de noviembre de 2006. Ese mismo año, las Superintendencias de de AFP (de Pensiones actual) junto a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP de Perú, suscribieron un acuerdo complementario para la transferencia de fondos previsionales entre ambas Repúblicas. De forma que, a la fecha, el convenio se encuentra en aplicación y ya ha sido invocado por nacionales de los estados miembros.

Cabe agregar que se encuentra para ratificación del Congreso en Chile, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad, aprobado por la Cumbre de Jefes de Estado de Iberoamérica del año 2007, que, esperando resolver los problemas de derechos en curso de adquisición de los trabajadores migrantes y sus familias en el espacio iberoamericano, entrará en aplicación una vez que siete países hayan depositado los instrumentos ratificatorios correspondientes[17].

Las **PRESTACIÓN asegurada** en el régimen general de capitalización individual incluye pensiones por Vejez, por Invalidez y por Sobrevivencia. Asimismo, se asegura una cuota mortuoria por la muerte del afiliado ya activo, ya pensionado[18].

---

[16] D.S. N° 37, de Relaciones Exteriores de 29.04.04.

[17] Compete a la Secretaría General de las Cumbres Iberoamericanas, SEGIB, con el apoyo técnico de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, OISS, hacer el seguimiento político y técnico a la ratificación del convenio.

[18] La cuota mortuoria es un beneficio pecuniario que consiste en el retiro de una suma equivalente a 15 Unidades de Fomento, de la respectiva cuenta individual de afiliado. Ella se paga a quien unido o no por un vínculo de parentesco o matrimonio con el afiliado fallecido, acredite haberse hecho cargo de los gastos del funeral (Artículo 88, DL 3.500). Cabe señalar que la Unidad de Fomento es una medida económica que se actualiza conforme la variación del Índice de Precios al Consumidor, IPC.

Existen tres clases de **pensiones de vejez**: normal, anticipada común y anticipada por el desempeño de los denominados trabajos pesados:

* Pensión de vejez normal. Tienen derecho a ella los afiliados con 65 años de edad si son hombres, ó 60 años si se trata de mujeres. El cumplimiento de la edad para pensionarse no pone al afiliado en la necesidad de acogerse a ella ni impide al que opta por hacerlo seguir trabajando. Asimismo, el entrar en goce de pensión no supone el término de los contratos de trabajo: no es causal de término de la relación laboral[19].
* Vejez anticipada común. El régimen, al estar basado en la capitalización individual, permite a los afiliados pensionarse antes de las edades indicadas, siempre que cuenten con el ahorro suficiente para financiar una pensión, con determinados requisitos.
* Vejez anticipada por desempeño de trabajos pesados[20]. Este tipo de pensión es, en algunos aspectos, similar a la pensión anticipada normal, diferenciándose entre otras materias en causa y en el financiamiento. Así, mientras la pensión anticipada normal se financia con las cotizaciones obligatorias y voluntarias del trabajador, la pensión anticipada por trabajos pesados incluye una cotización especial adicional, para incrementar el saldo en un menor tiempo. Dicho aporte lo efectúa el trabajador y el empleador, cuya labor o actividad haya sido calificada como pesada por la Comisión Ergonómica Nacional[21].

- **Pensión de invalidez.** Acceden a esta pensión los afiliados no pensionados, que sin cumplir la edad para pensionarse por vejez, sufran un menoscabo permanente en su capacidad de trabajo, a consecuencia de una enfermedad o accidente común, que les produzca un debilitamiento en sus fuerzas físicas o intelectuales[22].

- **Pensión de sobrevivencia.** A este tipo de pensión tienen derecho los componentes del grupo familiar del afiliado fallecido, cotizante o pensionado: la cónyuge, el viudo, la madre y el padre de los hijos no matrimoniales, los hijos y, en ciertas circunstancias, los ascendientes del causante (padre o madre).

---

19 Art. 161 bis del Código del Trabajo.

20 Se ha definido trabajo pesado como aquél cuya realización acelera el desgaste físico, intelectual o psíquico en la mayoría de quienes lo realizan, provocando un envejecimiento precoz, aún cuando no genere una enfermedad laboral.

21 Esta Comisión es una entidad autónoma que se relaciona con el Gobierno a través de la Superintendencia de Pensiones y que tiene por función determinar las labores que, por su naturaleza y por las condiciones en que se desarrollan, revisten el carácter de trabajos pesados.

22 Si el origen de la invalidez es laboral, opera el Seguro Social por Riesgos del Trabajo.

Modalidades de pensión. Los afiliados que cumplan con los requisitos para pensionarse por alguna de causas señaladas pueden disponer del saldo acumulado en la Cuenta Individual y optar por alguna de las cuatro modalidades de pensión que establece la ley: retiro programado, renta vitalicia inmediata, renta temporal con renta vitalicia diferida y renta vitalicia inmediata con retiro programado.

Asimismo, está permitido el retiro de **excedentes de libre disposición** en el evento que constituida la pensión, el saldo existente en la Cuenta Individual resulta superior al monto necesario para financiarla. En este caso, el afiliado podrá disponer del remanente como excedente de libre disposición o destinarlo a incrementar la pensión.

Junto al régimen general, y en cumplimiento de la garantía del primer pilar de la seguridad social, el sistema otorga **pensiones solidarias o aportes solidarios,** financiados por el Estado[23], es decir, se trata de prestaciones no contributivas. Este régimen es administrado por una entidad pública, el IPS. Serán beneficiarios del régimen, cuando se encuentre en aplicación plena, todas las personas con 65 años de edad, que pertenezcan a los tres primeros quintiles de ingresos (60% de la población) y que acrediten residencia, por un número determinado de años, según el tipo de pensión (vejez o invalides).

Para acceder a la pensión solidaria de vejez, las personas han de cumplir los siguientes requisitos: i) No tener derecho a otra pensión; ii) haber cumplido 65 años de edad; iii) integrar un grupo familiar perteneciente al 60% más pobre de la población[24]; y iv) acreditar residencia por 20 años a lo menos, continuos o discontinuos, de los cuales 4, deben estar incluidos en los últimos cinco años inmediatamente anteriores a la solicitud de pensión. El indicado período de residencia se acredita desde que la persona cumple 20 años de edad[25].

---

[23] La Ley 20.255 establece un régimen de pensiones solidarias de vejez e invalidez, denominado **«Sistema de Pensiones Solidarias»**.

[24] La definición del grupo familiar es un aspecto relevante al momento de la calificación del beneficiario. Integran la familia para los fines indicados las personas que unidas por vínculo de parentesco o por existencia de hijos en común comparten el presupuesto familiar. El solicitante del beneficio puede integrar o excluir miembros del grupo familiar según participen o no en el mantenimiento económico de la familia

[25] El monto de la pensión a contar del 01.07.2009 ascende a $75 000 (aprox. US$ 150). Monto que se reajusta automáticamente en el 100% de la variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el INE entre el mes anterior al último reajuste concedido y el mes en que dicha variación alcance o supere el diez por ciento. Si transcurren doce meses desde el último reajuste, sin que la variación supere el diez por ciento, la pensión se reajustará en la variación producida

El aporte previsional solidario de vejez, APS[26], complementa las pensiones otorgadas en virtud del DL N° 3.500, cuando ellas se encuentran bajo un determinado nivel de ingreso.

Para acceder al aporte los requisitos son: tener derecho a una o más pensiones regidas por el DL 3.500, cuyo monto sea inferior al valor máximo de la pensión con aporte solidario y reunir las condiciones exigidas para acceder a pensión básica de vejez, PBV[27].

El aporte previsional solidario de vejez, APSV, asciende a la cantidad que resulte de restar de la pensión final, la pensión o suma de ellas que perciba el solicitante, del valor de la pensión básica de vejez. El aporte solidario decrece a mayor pensión hasta extinguirse para las de un monto igual o superior a $255 000 (ceca de US$ 450), reajustables por el IPC[28].

Por su parte, a la pensión básica solidaria de invalidez, PBI, tienen derecho los inválidos que no tengan derecho a pensión en algún régimen previsional[29]. La declaración de invalidez se efectúa por las Comisiones Médicas del régimen de AFP. Además, se debe cumplir con los siguientes requisitos: i) tener 18 años de edad y menos de 65 años; ii) integrar un grupo familiar perteneciente al 60% más pobre de la población; iii) acreditar residencia en el territorio por un lapso no inferior a 5 años en los 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. La cuantía de la pensión, sea parcial o total, será de igual valor al de la pensión básica solidaria de vejez, PBSV.

El aporte previsional solidario de invalidez, APSI, beneficia a los inválidos que cumplan además con los requisitos establecidos para la pensión básica de invalidez, PBI, y que no perciban pensiones de otros regímenes previsionales. El aporte asciende a la cantidad que resulta de descontar el monto de la pensión o suma de ellas que el inválido perciba del valor de la Pensión Básica de Invalidez.

El beneficiario de pensión básica solidaria de invalidez o del aporte previsional, en su caso, percibe es beneficio hasta el último día del mes anterior que cumpla 65 años de edad. A contar de esa fecha podrá acceder a la pensión básica solidaria de vejez o al aporte previsional de vejez, según el caso.

---

[26] Para quienes accedan a aportes solidarios, su régimen de pensiones es mixto: contributivo y solidario.

[27] El requisito de 20 años de residencia, se entenderá cumplido respecto de quienes acrediten 20 años de imposiciones.

[28] Lo dicho ocurrirá cuando la nueva legislación esté aplicándose en régimen; es decir, a contar del 01.07.2012.

[29] Conforme las disposiciones transitorias de la ley 20.255, para las personas con 50 ó más años de edad al (01.07.2008) y que se encuentren afiliados al régimen de pensiones del DL 3.500, les será posible optar por pensionarse con garantía estatal, pudiendo cambiar a pensión solidaria de forma definitiva en cualquier momento.

En relación con la cuantía de las pensiones de las mujeres, hay que tener presente la **bonificación monetaria por cada hijo nacido vivo**, de cargo fiscal, a depositar en sus cuentas individuales cuando cumplan los 65 años de edad.

Desde julio de 2009, por cada hijo nacido vivo, se efectúa un aporte equivalente al 10% de 18 ingresos mínimos, vigente en el mes de nacimiento del hijo biológico o adoptivo.

La bonificación devenga una rentabilidad por mes completo, contado desde el mes de nacimiento y hasta los 65 años de la afiliada, la cual se enterará a la cuenta individual el mes siguiente en que la mujer cumpla la edad indicada.

Las afiliadas al régimen del DL 3.500, de 1980, las beneficiarias de pensión solidaria y las que gocen de pensión de sobrevivencia, reclaman el bono al Instituto de Previsión Social. La peticionaria debe acreditar residencia en términos similares a los que se exigen para acceder a pensión básica solidaria, a las que nos referimos más adelante.

El **FINANCIAMIENTO** del régimen por capitalización individual se basa en las cotizaciones obligatorias de los afiliados, en relación a sus ingresos y se enteran en la AFP, para financiar las prestaciones y cubrir la comisión que corresponde a la Administradora.

Los empleadores a contar de julio 2009 están gradualmente (según tamaño de la planilla y sector laboral) empezando a cotizar para financiar del seguro de invalidez y sobrevivencia de sus dependientes[30]. Los patronos también aportan en una determinada cuantía cuando la actividad de sus empleados o de alguno de ellos se califica como trabajo pesado.

Existen las **cotizaciones voluntarias**, es decir, aportes que los afiliados realizan en su cuenta individual, con el fin de mejorar el saldo para financiar una pensión anticipada o incrementar el monto de la pensión. La ley permite, además, efectuar otros tipos de **ahorros asociados a pensión:**

Cuenta de Ahorro Voluntario (Cuenta Dos). Los afiliados pueden efectuar en la AFP, depósitos que no constituyen cotizaciones; su único objetivo es incentivar el ahorro. Esta cuenta es independiente de la de capitalización individual, en todo caso el afiliado podrá, traspasar a ella, el saldo de la cuenta 2, para financiar pensiones.

---

[30] Al respecto, la ley 20.255 establece que la parte de la cotización adicional destinada al financiamiento del seguro por invalidez y sobrevivencia, deberá ser pagada por los empleadores, de manera proporcional al monto que estos paguen por concepto de remuneraciones imponibles al respectivo trabajador, sobre el total de dichas remuneraciones. Se exceptúan los trabajadores jóvenes, que reciban una bonificación previsional. Esta reforma entra en vigencia de forma gradual.

Depósitos convenidos. El empleador puede depositar en la cuenta individual de sus trabajadores las sumas que hayan convenido, con el objeto de reunir el saldo suficiente para financiar una pensión anticipada o de incrementar el monto de su pensión.

Cuenta de Ahorro Previsional Voluntario Individual. Está constituida por las sumas destinadas por el afiliado a planes de ahorro previsional APVI, ofrecidos por las AFP e Instituciones Autorizadas, IA[31], con el fin de promover, con incentivos tributarios, el ahorro que mejore el saldo para financiar la pensión.

Cuenta de Ahorro Previsional Voluntario Colectivo. Esta forma de ahorro previsional, APVC, se constituye con los aportes de empleadores y los trabajadores, con ventajas tributarias (al igual que el APVI). El APVC es producto de la celebración de un contrato entre un empleador por sí y en representación de sus trabajadores y una AFP o una I. Autorizada, de forma que los aportes que se realicen en cuentas individuales especiales por trabajador, les permita a éstos mejorar sus pensiones futuras.

Los saldos en las cuentas individuales de los afiliados se integran en los **Fondos de Pensiones**, que en su conjunto y separadamente, constituyen un patrimonio independiente y diverso del de la AFP[32]. Existen cinco Fondos: A, B, C, D y E. El objetivo perseguido con su creación fue incrementar el valor esperado de las pensiones futuras. El afiliado puede elegir en cual de esos Fondos se integran sus cotizaciones, con una limitación: los hombres y mujeres que cumplan 56 ó 51 años de edad, respectivamente, no podrán optar al Fondo Tipo A, subsistiéndoles la libertad de acogerse a cualquiera de los otros. Es una limitación que sólo afecta a las cotizaciones obligatorias. Los Fondos se diferencian por el nivel de inversión en instrumentos de renta variable y, por ende, de mayor riesgo relativo.

La **Inversión de los Fondos** debe tener como único objetivo la obtención de una adecuada rentabilidad, con la mayor seguridad. La inversión de los recursos de los Fondos se puede efectuar en ciertos y determinados instrumentos previamente clasificados. La ley establece qué inversiones están prohibidas, tal es el caso de aquélla que se desee efectuar en instrumentos, cuyos emisores son personas relacionadas con la AFP o cuya actividad no tenga por objeto obtener una ganancia económica.

---

[31] La ley 19.768 de 2001, que introdujo este tipo de cuenta, modificando al respecto el DL 3.500, estableció como instituciones autorizadas, IA, para administrarlas, además de las AFP, a los Bancos e Instituciones Financieras, Administradoras de Fondos Mutuos, Compañías de Seguros de Vida, Administradoras de Fondos de Inversión, Administradoras de Fondos para la Vivienda y otras que autorice la Superintendencia de Valores y Seguros.

[32] Primitivamente, el DL 3.500 establecía un Único Fondo de Pensiones por AFP.

Conforme con los datos de la Superintendencia de Pensiones, a fines de enero de 2008, los recursos acumulados en el sistema ascendieron a cerca de US$ 112 000 millones.

En cuanto **a la GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN** del régimen de *capitalización individual,* ella corresponde a las Administradoras de Fondos de Pensión, AFP, las cuales son sociedades anónimas especiales constituidas con un objeto determinado, que incluye recaudar las cotizaciones, sean estas obligatorias o voluntarias, así como todo otro aporte vinculado a la cuenta individual de sus afiliados y a las de ahorro que tenga asociadas. Les corresponde asimismo, invertir los recursos, persiguiendo obtener la mayor rentabilidad posible de los fondos previsionales. También deben otorgar pensiones, en los casos en que el beneficiario lo haga en la modalidad de retiro programado, traspasar saldos, etc., etc.

Las AFP perciben una retribución establecida en base a comisiones de los afiliados, las que se deducen de las respectivas cuentas de capitalización o de los retiros, según corresponda.

Finalmente, las AFP son autorizadas para existir y se sujetan a la fiscalización de la Superintendencia de Pensiones, SUPEN.

Junto al régimen de capitalización individual subsiste el denominado *sistema antiguo de pensiones* constituido por una diversidad de regímenes de previsión, cuyos estatutos jurídicos se encuentran vigentes para sus imponentes y pensionados. Las cajas de previsión y el Servicio de Seguro Social existente a 1980, al momento de la reforma estructural, fueron fusionados primero en el Instituto de Normalización Previsional, INP, y a contar de 2008, con la reforma previsional, se extingue dicha entidad de previsión y son integrados en el sucesor legal del INP, hasta la extinción de cada una de ellas; es decir, el ya mencionado IPS, servicio público descentralizado, cuyo Director Nacional es designado por el Presidente de la República, mediante selección previa (como la mayoría de las autoridades superiores de las entidades públicas de seguridad social), efectuada por una entidad especializada de Alta Dirección Pública[33].

El INP (actual IPS) durante el año 2008 tuvo como imponentes en torno a 103 000 personas en promedio mensual, número que representa menos del 1,5% del total de los afiliados al régimen de AFP para el mismo periodo. A su vez, los pensionados del antiguo sistema, al año 2007 llegaron a ser 977 573 personas[34].

---

[33] Cada día son más las designaciones de Directivos de todas las entidades públicas, del sector que sean, que son seleccionada por el Consejo indicado.

[34] Boletines Estadísticos de la Superintendencia de Seguridad Social.

Al mismo IPS, como ya se expresó, le compete la administración y gestión del régimen de pensiones solidarias, SPS. Este servicio público recién creado, así como las funciones que asume, son una manifestación de la actuación del Estado en la seguridad social, lo que hasta la fecha se hace sin participar en el ámbito de la administración del régimen de capitalización, cuestión que de todas formas, está en la agenda del debate nacional, vía la creación de una AFP estatal.

3. Régimen de Salud

Personas protegidas. Como ya se indicó, en materia de salud, el sistema consagra el derecho a las prestaciones médicas a favor de todas las personas, y se debe asegurar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, así como, las destinadas a la rehabilitación. Se garantiza también, la libertad de cada persona para elegir el régimen de salud que más le convenga, sea éste de gestión de carácter público o privado[35].

Prestaciones. El régimen, en cualquiera de sus vertientes: pública o privada, asegura a los protegidos, exámenes preventivos, asistencia médica curativa y odontológica.

Para acceder a las prestaciones médicas se necesita que el requirente cuente con la calidad de afiliado o beneficiario. Entre estos últimos, figuran también las cargas de familia de los trabajadores. El afiliado debe contar con las cotizaciones mínimas que el régimen exige, lo que en la práctica se acredita con la credencial respectiva.

Además de las prestaciones médicas, existe el subsidio por incapacidad laboral transitoria, cuya cuantía se vincula con el ingreso imponible promedio de los últimos 3 meses o de los últimos 6 meses, en el caso de trabajadores independientes.

El **Financiamiento** del régimen proviene de las cotizaciones de los afiliados: 7% de las remuneraciones o rentas imponibles y pensiones. Lo cual, es sin perjuicio que el afiliado que contrate con una ISAPRE, puede convenir una cotización superior al 7%. Las bases sobre las cuales se efectúa esta cotización son iguales que para pensiones: el ingreso mínimo imponible[36] y el tope máximo imponible es de 60 UF, se reajusta anualmente.

---

[35] Las fuentes legales de estas prestaciones, se encuentran contenidas, entre otras, en las leyes 18.469 (regula el derecho Constitucional a la Salud) y 18.933 (ISAPRES), en el DFL 44 del año 1978, del Ministro del Trabajo y Previsión Social (subsidios por reposos médicos), y decreto supremo n° 3 del Ministerio de Salud de 1984 (licencias médicas). A las leyes mencionadas hay que agregar las leyes 19.937 y 19.966. a partir del 2005, todas las leyes enunciadas se refundieron en el DFL 1 de Salud

[36] A partir de julio de 2008 es de $165.000, equivalente a US$ 310 aprox.

Otra importante fuente financiera está constituida por la contribución directa (el copago), que deben efectuar los afiliados y beneficiarios al momento de requerir la prestación, exceptuadas las relacionadas con el control de niño sano, embarazo, salud preventiva, atención de adultos mayores que son gratuitas. En la determinación de quienes deben efectuar copagos y su cuantía, se tienen en consideración el valor de la prestación y el nivel de ingreso del afiliado.

En el régimen público, el Estado efectúa aportes financieros directos para atender el déficit generado, y especialmente para la atención de salud a los afiliados de más bajo ingresos, a los carentes de recursos y a la tercera edad. El Estado también se hace cargo del plan de subsidios por reposo maternal (pre y post natal) y por cuidado del hijo menor de un año que enferma gravemente, prestaciones que se financian con cargo a un Fondo Único y al cual acceden las trabajadoras afiliadas[37], estén en el sistema de gestión pública o privada.

La **Administración y Gestión** es de carácter mixto, intervienen instituciones públicas y privadas. En el ámbito público existen dos modalidades de atención para conceder las prestaciones: institucional y de libre elección. En lo que se refiere a la primera, las prestaciones se otorgan en los establecimientos de la Red de Servicios dependiente del Ministerio de Salud o en las entidades con que se haya suscrito convenios. En la modalidad de Libre Elección, el afiliado puede elegir sin restricciones mayores al profesional y/o centro de atención, dentro de los que estén inscritos en el registro respectivo que al efecto, lleva el Fondo Nacional de Salud. Este último, FONASA, tiene funciones que lo asimilan a una tesorería del seguro público de salud.

La otra modalidad de atención en salud, puramente privada, está a cargo de las Instituciones de Salud Previsional. Los afiliados que opten por ellas deben recibir de la ISAPRE, con cargo a la cotización legal o la convenida superior a la obligatoria[38], al menos, prestaciones similares a las que otorga el régimen público.

Las ISAPRES son autorizadas para funcionar en la medida que cualquiera sea de naturaliza jurídica, cuenten con un objeto exclusivo: otorgar las prestaciones de salud, ya directamente o a través de financiar las mismas. Pueden ser personas jurídicas de derecho público o de derecho privado, con o sin ánimo de lucro, que están supervigiladas y fiscalizadas por la Superintendencia de Salud, la cual lleva un registro de ellas. Pueden ser abiertas o cerradas, según estén

---

[37] En algunos casos los hombres, es la situación que ocurre, por ejemplo, en caso de la muerte de madre en el parto o en el período de post natal.

[38] Por la cotización convenida se financia un plan de salud que debe conceder prestaciones mejoradas frente a las que le otorgaría el seguro público de salud y obtendrá prestaciones para las cargas médicas incorporadas expresamente, al momento de otorgar el contrato.

dirigidas o no a dar cobertura a colectivos determinados o al público en general que se afilie a ellas.

En la administración del subsidio por incapacidad laboral transitoria (SILT), intervienes las Cajas de Compensación de Asignación Familiar, respecto de los beneficiarios del sistema público que a la vez son sus afiliados, pagándoles la prestación e interviniendo hasta ahora, en el recaudo de sus cotizaciones para salud. Participan las ISAPRES respecto de sus afiliados y, por cierto, el Estado por medio las Secretarías Regionales Ministeriales.

4. Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales

El sistema protector por riesgos del trabajo está estructurado como un seguro social de reparto con mecanismos de reservas, es de carácter obligatorio, se financia con cotizaciones de los empleadores y protege a los trabajadores ante la ocurrencia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales[39].

Cobertura: En general, están protegidos por el seguro todos los trabajadores dependientes de los sectores público y privado, así como los trabajadores independientes, los cuales se incorporarán de forma obligatoria, gradualmente y conforme el procedimiento establecido en la Ley 20.255, también están asegurados los estudiantes que cursan estudios regulares, así como en sus prácticas y los dirigentes sindicales (en el cumplimiento de sus deberes gremiales). El número de trabajadores por los cuales los empleadores cotizaron a las entidades gestoras del seguro, en el año 2008, alcanzó en promedio a cerca de 4.400.000.

La afiliación al seguro es automática, es decir, se produce por sola incorporación del trabajador al sistema de pensiones y se mantiene vigente mientras presta servicios.

Acción Protectora: Las contingencias cubiertas están constituidas por los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales. Se entiende por accidente de trabajo toda lesión que el trabajador sufra a causa o con ocasión del trabajo y que le produzca incapacidad o muerte. Se asimilan al accidente de trabajo los ocurridos en el trayecto o *in itinere*. Es decir, los ocurridos en el desplazamiento directo de ida o regreso, entre la habitación y el lugar de trabajo y los que ocurren en el traslado entre empleos. La enfermedad profesional es la que es causada de una manera directa por el ejercicio de la profesión o el trabajo que realice una persona y que le produzca incapacidad o muerte. Un reglamento incluye un listado no taxativo de enfermedades calificadas como profesionales.

---

[39] El seguro se encuentra regulado en la Ley 16.744, del año 1968.

El seguro social contempla prestaciones médicas para el trabajador accidentado o enfermo, y pecuniarias tanto para él, como para sus causahabientes, en el caso que fallezca a consecuencia de alguno de estos siniestros.

Las prestaciones médicas son: atención médica, quirúrgica y dental, hospitalización, medicamentos, prótesis y aparatos ortopédicos y su reparación, rehabilitación, reeducación profesional, gastos de traslado y todo otro necesario para obtener estas prestaciones y la recuperación del trabajador. En materia de prestaciones pecuniarias, se distingue entre las relativas a incapacidad temporal transitoria y las derivadas de la declaración de invalidez. Entre las últimas se encuentran las indemnizaciones y las pensiones.

La indemnización es una suma única de dinero calculada en relación con las remuneraciones, cuando la pérdida de capacidad de trabajo se ubica entre un 15 y un 40%. En tanto, se otorga una pensión cuando la disminución de la capacidad de trabajo es igual o superior a un 40%. La pensión puede tener por causa una invalidez parcial o total según el grado de pérdida de capacidad de trabajo: Existe derecho a un complemento en caso de gran invalidez[40]. Esta pensión es de carácter temporal, termina cuando el trabajador inválido reúne los requisitos para pensionarse por vejez.

Para el caso de fallecer el trabajador activo o pensionado, se generan pensiones de sobrevivencia para sus causahabientes los cuales deben cumplir con determinados requisitos para acceder a esta prestación, la cual es por esencia de carácter temporal, sin perjuicio de transformarse en vitalicia en algunos supuestos[41].

El número de pensiones del seguro social de la ley 16.744, que se pagaron en promedio durante el año 2007, ascendió a 33.957.

El **Sistema Financiero** del seguro es de reparto. Los ingresos del régimen están constituidos por las cotizaciones que son de cargo del empleador y que ascienden a un 0,95% de las remuneraciones imponibles, la que constituye la cotización básica uniforme. A esa cotización se agrega una adicional diferenciada obligatoria en función de la actividad y riesgo de la empresa de que se trate. Este último aporte no puede exceder del 3,4% de las remuneraciones imponibles, esta cotización adicional, bajo determinadas circunstancias, puede incrementarse hasta el doble así como disminuir por efectos de la aplicación de adecuada medidas de prevención. La cotización adicional se conoce como presunta y efectiva, según si se determina en base a riegos ciertos o estimados, respectivamente.

---

[40] Gran inválido es aquel que además de una invalidez total requiere el apoyo de terceros para realizar los actos elementales de la vida.

[41] La pensión es vitalicia para la viuda mayor de 45 años, o para aquella, que siendo menor llega a esa edad con hijos a cargo.

El seguro social es **Administrado y Gestionado** por entidades públicas y privadas, en varios supuestos en régimen de colaboración[42]. El administrador natural es el Instituto de Seguridad Laboral, ISL en conjunto la Red de Salud Pública. El sector privado participa en la gestión a través de las Mutualidades de Empleadores[43]. El empleador puede libremente determinar donde afiliarse o adherirse para la protección de sus trabajadores, o mantenerse en el administrador natural, es decir, el ISL.

El ISL en esta materia es el continuador legal de las Cajas de Previsión y del Servicio de Seguro Social, así como del Instituto de Normalización Previsional, INP en lo que se refiere al seguro social que comentamos. El ISL es un servicio público descentralizado, creado por la Ley 20.255, para el fin recién indicado.

Hoy en día las Mutualidades de Empleadores son los administradores más importantes. Del total de la población asegurada, durante el año 2008 en torno al 70%[44] de los trabajadores, 3.618.242 se encontraban afiliados a alguna de las tres Mutuales existentes. Dichas entidades son corporaciones de Derecho Privado sin fines de lucro, creadas por los empleadores, con objeto exclusivo, que son autorizadas para actuar por el Presidente de la República y son controladas por la Superintendencia de Seguridad Social, a quien la ley le encomienda la fiscalización del seguro en su integridad, sin perjuicio de las atribuciones de otros entes de control en aspectos específicos. La alta dirección de las Mutuales cuenta con la participación de representantes de los trabajadores de las empresas adheridas.

Los recursos del seguro social que gestionan las Mutualidades, han sido calificados por los tribunales superiores de la República, como de carácter público. De forma que estamos frente entidades que colaboran en la gestión de seguro social por delegación.

5. Prestaciones familiares

La Acción Protectora consiste, básicamente, en una prestación en dinero por tener a cargo a causantes de asignación familiar. Esta suma viene a complementar los ingresos del afiliado activo o pensionado. Se trata de asignaciones familiares y maternales, de cuantía decreciente, cuyo monto mensual esta

---

[42] Es el caso de los convenios que suscribe el ISL con Mutualidades de empleadores en materia de prestaciones médicas.

[43] En determinadas circunstancias se autoriza (que en los hechos ya no ocurre) una especie de auto seguro a algunas empresas a través del mecanismo de la Administración Delegada.

[44] Datos en base a Estadísticas de la Superintendencia de Seguridad Social.

predeterminado por ley. Como se trata de una prestación focalizada, la población se estratifica según ingreso y el monto de la prestación es decreciente a medida que el ingreso sube, hasta llegar a cero[45].

La **Población Cubierta** está constituida, en general y hasta ahora por los trabajadores dependientes, los pensionados, los subsidiados por incapacidad laboral transitoria o cesantía y los beneficiarios del seguro de cesantía, que perciben el beneficio si tienen causantes[46]. El **Financiamiento** del beneficio se efectúa con cargo a aportes públicos, consultados en el presupuesto de la Nación a través de un Fondo especial.

En la **Gestión** del régimen intervienen entidades públicas y privadas: el IPS, las CCAF, las Mutualidades de Empleadores, las AFP, las Compañías de Seguro y los servicios públicos centralizados y descentralizados respecto de sus funcionarios.

Las CCAF, que surgieron para administrar y compensar asignaciones familiares, entre otros beneficios, siguen siendo los administradores más importantes de este régimen legal de prestaciones de financiamiento fiscal, para el cual ya no se exige cotización.

Las Cajas son corporaciones de derecho privado sin fines de lucro, creadas por los empleadores y sujetas al control de la Superintendencia de Seguridad Social, SUSESO y en su dirección superior participan trabajadores de las empresas afiliadas. Administran también otros regímenes de previsión: subsidio de cesantía, recaudan cotizaciones de salud de sus afiliados y les pagan los subsidios de incapacidad laboral SIL, en la medida que no estén incorporados a una ISAPRE. Las CCAF otorgan, asimismo, prestaciones adicionales, complementarias y de crédito social para sus afiliados[47]. Los pensionados pueden afiliarse a alguna de ellas, con lo cual acceden a las prestaciones propias de estas entidades. La reforma previsional del 2008, admite la incorporación a alguno de sus regímenes, de los independientes afiliados.

---

[45] A contar de 1° de julio de 2009, el valor de la asignación familiar según el tramo en que se sitúe la renta del beneficiario es el siguiente: a) tramo A; de $ 6.500 (US$ 12) por carga, para rentas no superiores a $ 170.000 (US$ 312).-, tramo B es de $4.830 (US)).- para rentas entre $ 170.000.- y menos $ 293.624.- (US$ 538) y tramo C de $ 1.526 (US$ 3).- por carga para rentas entre $ 293.624.- y menos de $ 457.954 (US$ 840).-. Las rentas sobre $ 441.274.-; (tramo d) no tienen derecho a asignación.

[46] Entre los causantes se encuentran los hijos hasta los dieciocho años (incluidos los que tengan más de esa edad, sean solteros y no sobrepasen los 24 años y cursen estudios regulares en entidades reconocidas por el Estado), la cónyuge, el cónyuge inválido y en algunos casos los padres.

[47] Prestaciones propias del ámbito del Bienestar Social, que complementan o mejoran las prestaciones de seguridad social u otorgan una diferente, Ley 18.833.

Subsidio Único Familiar. En el ámbito de la seguridad social asistencial y de cargo fiscal, existe un beneficio pecuniario, igual a la asignación familiar en su monto más alto, para los menores de 18 años, inválidos de cualquier edad, mujeres embarazadas y madres del causante del beneficio, carentes de recursos y que no puedan acceder a una asignación familiar o maternal. Este beneficio es gestionado por el IPS, con intervención de la Superintendencia de Seguridad Social.

6. Seguro de cesantía[48]

Están **Cubiertos** automáticamente por el seguro los trabajadores dependientes del sector privado, cuya relación laboral se rija por el Código del Trabajo. Están excluidos los trabajadores del sector público y los independientes, en general, todos aquellos que se rigen por un estatuto diferente al del Código del Trabajo[49]. En cuanto el número de afiliados, a febrero de 2008, ellos alcanzaban a 5.400.769 trabajadores[50].

Para los funcionarios públicos y para un grupo pequeño de trabajadores del sector privado, con muy escasa aplicación y baja cuantía, sigue vigente **el subsidio de cesantía,** de financiamiento fiscal, asociado a la pérdida del empleo y en que para acceder a él se exigen cotizaciones en el régimen de pensiones.

La Prestación Asegurada consiste en una renta mensual, pagada con cargo a la Cuenta Individual de Cesantía del afiliado, CIC o del Fondo de Cesantía Solidario FCS, en este último caso, cuando no exista saldo suficiente en la cuenta individual y se cumplen por el cesante los demás requisitos legales. La renta sustitutiva mensual indicada se puede percibir hasta agotar el saldo y según los años de cotizaciones[51]. Los giros de la CIC son de monto decreciente[52]. Para efectuar giros de la cuenta individual, el trabajador tiene que estar cesante. Se trata en relación con los giros de la CIC, de una prestación a todo evento.

---

48 Regulado por la Ley 19.728 del 2001 y contemplada por la Ley 20.328 de 2009.

49 Están expresamente excluidos los trabajadores de casa particular, los aprendices, los menores de 18 años y los pensionados, con la excepción de lo que los sean por invalidez parcial.
Los trabajadores de casa particular tienen establecido un especial sistema de indemnización por término de contrato a todo evento, financiado con aportes del empleador y administrado por la AFP afiliación o de elección, si no está incorporado al sistema de AFP (art. 163 inciso 4° del C. del Trabajo).

50 Estadísticas de la Superintendencia de AFP.

51 La obligación de aportar es por cada empleo.

52 Si al efectuar los giros, para el último hay un saldo superior al que corresponda, el trabajador puede retirarlo todo o conservarlo.

Asimismo, para efectuar los giros, el beneficiario debe contar con un mínimo de doce meses de cotizaciones. Como estamos ante una cuenta individual de la cual el afiliado es su titular, si mantiene saldo en ella podrá recurrir a él ante eventuales nuevas situaciones de cesantía. En caso que el trabajador se pensione puede disponer de lo que tenga en la cuenta[53]. De producirse el fallecimiento el saldo corresponde a los beneficiarios o herederos, atendido el carácter de recursos personales del trabajador afiliado.

Por su parte, con cargo al Fondo Solidario de Cesantía, FCS, se asegura una renta al afiliado que pierde su empleo por una causal no imputable (no es una prestación a todo evento), se encuentre cesante, busque empleo, cuente con cotizaciones (12 meses) y haya agotado el saldo de su cuenta individual, CIC. El FCS financia prestaciones mínimas que se establecen de cuantía decreciente, según el número de mensualidades que se conceden[54].

En cuanto al **Financiamiento** del seguro, hay que indicar que éste es de carácter bipartito; cotizan trabajador y el empleador en lo que se refiere a la CIC. Respecto del Fondo de Cesantía Solidaria, FCS éste se constituye con las cotizaciones del empleador por cada uno de sus dependientes afiliados, más un aporte del Fisco[55]. La base de cálculo de las cotizaciones, tanto del trabajador como del empleador, está constituida por la remuneración imponible con un tope de 90 UF. Corresponde agregar que al seguro y respecto de la CIC, el trabajador y el empleador cotizan hasta por 11 años. En cuanto a los aportes del Estado al FCS, estos corresponden a 225.792 UTM[56] anuales, como máximo, ellos se enteran en duodécimos.

El empleador es el agente retenedor de las cotizaciones al igual que en el resto del sistema de seguridad social, él debe declararlas y enterarlas en la entidad previsional respectiva, en este caso en la Administradora de Fondos de Cesantía, AFC.

La **Administración de Seguro** corresponde a un único ente, el cual se crea con el objeto exclusivo de administrar este seguro, y se constituye como

---

53 Salvo por pensión de invalidez parcial, en cuyo caso sigue afiliado al seguro.

54 El beneficiario de esta protección solidaria puede acceder a empleos que ofrezcan las oficinas Municipales de Intermediación Laboral y a becas de Capacitación, en cuyo caso deja de percibir el beneficio.

55 El trabajador afiliado debe cotizar un 0,6% de la remuneración imponible cuantía que se destina para su cuenta individual de cesantía, CIC. El empleador, en tanto, aporta un 1,6% a la CIC y un 0,8% al FCS, calculados estos porcentajes, en relación con las remuneraciones de sus trabajadores afiliados.

56 La UTM, es una cantidad de dinero cuyo monto determinado por ley, se actualiza permanentemente y sirve de medida o punto de referencia tributaria: su monto, a julio de 2009 equivale a $ 36.683 (US$ 67).-

sociedad anónima de duración indefinida y que se adjudica la gestión en licitación pública, por un período de 10 años máximo, conforme con las bases que fija al respecto el Ministerio del Trabajo y Previsión Social en conjunto con el Ministerio de Hacienda, a través de un decreto supremo. La gestión encargada de la forma indicada a una entidad privada, en este caso, la AFC, comprende: recaudar las cotizaciones de trabajadores y empleadores y el aporte estatal, abonarlos al FCS o a la CIC, según el caso, invertir los recursos y pagar los beneficios, verificando el cumplimiento de los requisitos.

La AFC tiene como retribución por la gestión del seguro, una comisión que es de cargo de los aportantes, y que se deduce de las cotizaciones y aportes o de los fondos.

El control y supervigilancia del seguro de cesantía, están entregados a la Superintendencia de Pensiones. Por su parte a la Dirección el Trabajo compete la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones de cotizar.

La Ley contempla para el seguro un mecanismo de participación social: La **Comisión de Usuarios**, la que está integrada por tres representantes de los empleadores, tres de los trabajadores y presidida por un académico universitario. La Comisión de Usuarios conoce de los criterios empleados por la AFC para administrar las cotizaciones, los procedimientos para asegurar el pago de las prestaciones y los mecanismos de información a los afiliados. Anualmente debe emitir un informe sobre los resultados y conclusiones de sus observaciones de la gestión del seguro.

III. CONSIDERACIONES FINALES

El sistema chileno de seguridad social es de creación estatal, ello conforme lo dispuesto por la Constitución Política. Las leyes en el ámbito previsional o que incidan en él, son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República y requieren en el Parlamento, en ambas Cámaras, de quórum calificado (mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio) para su aprobación, modificación o derogación.

Corresponde también al Estado, la promoción, regulación, orientación, supervigilancia y control del sistema en todas sus vertientes. La participación de entidades públicas, en concreto, de servicios públicos centralizados y descentralizados, en la administración y gestión de regímenes de protección social, ha sido y es una realidad durante los casi noventa años de existencia, primero de de seguros sociales propiamente tales, de previsión social, luego y específicamente de seguridad social, enseguida. Se puede sostener que han existido períodos de alta intervención, de cierto o mayor retraimiento especialmente en cuanto a pensiones y, por último, una vuelta a una participación más intensa

del Estado, como está ocurriendo en estos últimos años. El debate público sobre estas materias siempre está abierto y tomo especial fuerza durante el debate de la reforma previsional vigente desde el 2008, en particular en cuanto a la creación de AFP estatal

Durante todo el período de evolución del sistema nacional, la presencia del Estado en la gestión no ha sido de forma excluyente, por el contrario siempre ha existido presencia e intervención de los privados o al menos de los sectores interesados. En todo el período de operación de las cajas de previsión, se consultó en sus directorios la participación de representantes de los imponentes

En la actualidad, los hoy llamados usuarios del sistema, en particular en el sistema de pensiones y en el seguro de cesantía, cuentan con instancias de participación (Comisiones de Usuarios), que no incluye intervención directa en la gestión, pero a través de los informes que deben emitir influyen o pueden incidir, en las decisiones de la autoridad pública en la mejora de la cobertura y por cierto de la gestión. Estas instancias están conformadas con representación de pensionados, trabajadores, administradores privados y entidades públicas del área.

La intervención de los privados, entendidos ello, como el encargo por Estado, de la administración y gestión de todos, algunos o varios regímenes de seguridad social, en exclusiva o no, a personas jurídicas de derecho privado, que actúan con o sin ánimo de lucro, según lo haya dispuesto de forma expresa la misma ley. Lo habitual es que la entidad privada que gestiona un régimen o parte de él, adquiere el carácter, condiciones y consecuencia de constituirse en entidad de seguridad social, por lo cual lo usual es que su objeto como persona jurídica sea exclusivo en relación con las materias del régimen previsional en que interviene.

En Chile encontramos participación de los privados en todos los ámbitos de la gestión, es decir: en la inscripción, en las altas y bajas de afiliados y cargas de familia; en acreditación y calificación de cumplimiento de requisitos para acceder, modificar o denegar beneficios; en el recaudo, registro y persecución del cobro de cotizaciones y otros aportes; en la inversión de los recursos del régimen, etc., etc. Es también posible encontrar asociaciones entre entidades privadas y públicas de previsión, como es el caso de aquella que ha permitido convenir con terceros el recaudo de las cotizaciones y aportes, de forma única, centralizada y vía electrónica. Lo mismo ocurre con la prestación de determinados beneficios, en que un prestador público, para cumplir con sus obligaciones de protección, recurre a convenios con entidades privadas gestoras del mismo beneficio, pero especializados en determinadas materias, como es el caso de la salud laboral (Convenios del Instituto de Seguridad Laboral y las Mutualidades

de Empleadores). Por su parte, la ley 20.255, sobre reforma previsional de 2008, contempla para el Instituto de Previsión Social, la opción de convenir con entidades públicas y privadas (en particular Administradoras de Fondos de Pensiones) la atención de afiliados y beneficios a concederles, a sus Centros de Atención Previsional, CAPRI.

Entonces, y como quedó presentado durante el desarrollo de este estudio, la articulación entre lo público y lo privado en la gestión del sistema chileno de seguridad social se da en todos los ámbitos y existen sólo algunos regímenes que son gestionados en exclusiva por el sector público o el sector privado.

La articulación entre sector público y privado en el sistema de pensiones presentado con cierta extensión en el curso de este informe, sintéticamente se puede presentar de la siguiente forma:

Pensiones: Los privados, a través de sociedades anónimas exclusivas, denominadas Administradores de Fondos de Pensiones, administran en exclusiva el régimen general obligatorio y contributivo por capitalización individual. Al Estado toca el control del régimen.

Es de competencia del Estado a través de una entidad pública descentralizada, el Instituto de Previsión Social, IPS, la gestión completa y en exclusiva del régimen de prestaciones solidarias.

Salud y enfermedad: La gestión general del régimen en sus aspectos de prestaciones médicas como monetarias corresponde a entidades públicas:

- Red de Servicios Públicos de Salud, dependientes del Ministerio de Salud.
- Comisiones Médicas Preventivas de Salud, COMPIN, dependientes de las Secretarías Ministeriales de Salud, SEREMI.
- Fondo Nacional de Salud, FONASA

Desde el sector privado colaboran en la gestión:

- Los prestadores de salud que convienen sus servicios con la Autoridad de Salud
- Las Cajas de Compensación de Asignación Familiar, CCAF, entre otros, el ámbito del pago de subsidios por incapacidad laboral transitoria.

Por su parte, las Instituciones de Salud Previsional, ISAPRES, otorgan todas las prestaciones de salud (médicas y pecuniarias), a toda la población que autoexcluyéndose del sistema público, contrata con ellas las prestaciones, bajo modalidades en que la libertad de opción y convenir esta regulada por el Estado.

Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales: El Instituto de Salud Laboral, ISL, entidad pública descentralizada de previsión, es el administrador natural del seguro. El otorgamiento de las prestaciones médicas, el ISL las conviene

con las entidades públicas correspondientes, así como también es posible que las convenga con los servicios médicos de las Mutualidades de Empleadores.

Estas últimas, las Mutuales de Empleadores, son gestoras del seguro (mayoritarios), en régimen de competencia entre las autorizadas a existir, las que adhieren a empresa y sus trabajadores, a quienes otorgan integralmente las prestaciones que establece la Ley 16.744, siendo todos los empleadores solidariamente responsables ante la imposibilidad de la mutual de cumplir con sus obligaciones. Como indicamos en el apartado correspondiente, las cotizaciones que las Mutuales recaudan constituyen recursos públicos y no son patrimonio de las entidades ni de los empleadores que la constituyeron ni de las adheridas a ellas. Recordemos por último, que en sus directorios participan representantes de los trabajadores de las empresas afiliadas.

Prestaciones familiares: Intervienen en su gestión, principalmente la Cajas de Compensación de Asignación Familiar, CCAF, entidades de origen patronal, sin fines de lucro, similar al de las Mutualidades de empleadores y con regímenes jurídicos semejantes. Las Cajas tienen al igual que las Mutuales una buena evaluación de los usuarios. Junto con el otorgamiento de las asignaciones familiares, colaboran en el otorgamiento de otros beneficios de regímenes legales, como los subsidios de incapacidad laboral y los de cesantía, además de otras prestaciones complementarias, adicionales y especiales, propias de su giro, como entidades de bienestar social.

Otros gestores privados que tienen atribuciones en la gestión de esta prestación son: AFP, Cías. de Seguro de Vida, ISAPRES, Mutualidades de Empleadores y Administrador de Seguro de Cesantía.

Participan por el sector público, el IPS y los empleadores del sector público respecto de sus funcionarios.

Prestación por cesantía: A la sociedad administradora del seguro, entidad privada con fines de lucro, le corresponde gestionar en exclusiva este seguro. Ella recauda, invierte y administra cotizaciones y paga beneficios con cargo a la cuenta individual, como en relación con el Fondo Solidario de Cesantía, conformado con fondos de empleadores y del fisco.

IV. BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA

ARTHUR E., Guillermo, *Régimen Legal del Nuevo Sistema de Pensiones*, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

BOWEN H., Alfredo, *Introducción a la Seguridad Social*, 3ª ed., Editora jurídica de Chile, 1992.

BUSTAMANTE J., Julio, *Funcionamiento del nuevo sistema de pensiones*, ICARE, Chile,1988.

CIEDESS, 12 años de la Modernización de la Seguridad Social en Chile, 1996.

IDEM, *Modernización de la Seguridad social en Chile*, resultados y tendencias, 1994.

CIFUENTES L., H / WALKER E. F., «Aspectos Generales de la ley que establece una Reforma Previsional», en *Revista Laboral Chilena*, abril 2008.

IDEM, «Principales aspectos institucionales del proyecto de ley que perfecciona el sistema de pensiones», en *Rev. Econ., y Administración. Fac. Economía, U. de Chile*, N° 154, 2007.

IDEM, «Características Generales del Sistema de Seguridad Social Chileno», en *Rev. Laboral Chilena N° 5 y 6*, 2005.

IDEM, «Convenio Multilateral de Seguridad Social y Migraciones en Iberoamérica», en *Rev. Lab. Chilena N° 9-10*, 2007.

CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL PARA LA REFORMA PREVISIONAL, «El Derecho a una vida digna en la vejez, hacia un Contrato Social con la Previsión en Chile», en *Diagnostico y Propuestas de Reforma*, vol. I, 2 volúmenes y un resumen ejecutivo, 2006.

CUNEO M., Andrés, «Un sistema privado, la experiencia chilena», en *Cuadernos de análisis jurídico*, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Chile, 1993.

FEDERAC. INTERNAC. DE AFP, FIAP, *Resultados y Desafíos de las Reformas a las Pensiones*, Chile, 2003.

IDEM, *Sistemas de Capitalización Su aporte a la solución del problema de las Pensiones*, CIEDESS, Chile, 2008.

FERRERAS A., Fidel, «El Sistema de Pensiones Chileno mito y realidad», en *Revista de Relaciones Laborales –La Ley –Actualidad –n° 8*, España, 1999.

GILLION, C. / BONILLA, Alejandro, «La privatización de un régimen nacional de pensiones El caso chileno», en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 111, N° 2, 1998.

GUMUCIO, J. Sebastián, «De reparto a capitalización La experiencia chilena, 1ª parte», en *Rev. Laboral Chilena*, sept. -Oct-, 1996, y 2ª parte, en *Re. Laboral Chilena*, noviembre 1996

IDEM, «Chile en el MERCOSUR armonización de sistemas de Seguridad Social», en *Rev.- Laboral Chilena*, enero 1997.

IDEM, «Evaluación del nuevo Régimen de Pensiones a doce años de funcionamiento, Análisis desde la perspectiva de los principios de la Seguridad Social», en *Rev. Lab. Chilena*, marzo 1995.

HORMAZÁBAL S, Ricardo, *La Reforma Previsional de la Presidenta Bachelet*, Chile, 2008.

HUMERES N., Héctor, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, t. III, Derecho de la Seguridad Social, 17ª ed., Editora jurídica de Chile, 2005.

IDEM, «El Nuevo Sistema de Pensiones Chileno», en *Rev. Lab. Chilena Chile*, 2000.

IDEM, «La Seguridad Social en la Constitución Política», en *Rev. Lab. Chilena*, Chile, 1998.

IDEM, «Ventajas y deficiencias de la privatización de la seguridad social chilena», en *Boletín oficial de la Dirección del Trabajo*, nº 105 octubre 1997.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, INE, Boletines.

MESA-LAGO, Carmelo, «Las Reformas de Pensiones de Seguridad Social en América Latina Sistemas Públicos, Privados, Mixtos y Paralelos», en *Est. Seg. Social nº 80*, AISS 1996.

MESA LAGOS, Carmelo, *El Desarrollo de la Seg- Social en A. Latina*, CEPAL, Chile, 1985.

MURRO O., Ernesto, *El dilema de la seguridad social en el Cono Sur*, OIT, 2004

NOVOA F., Patricio, Derecho de la Seguridad Social, Editorial Jurídica de Chile 1977.

IDEM, *Nueva Legislación sobre Salud y Previsión Social*, Editora jurídica de Chile, 1982.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, OIT, *Consulta subregional tripartita sobre las reformas y desarrollo de los sistemas de pensiones*, Documentos, Oficina Regional, Lima, 1997.

OIT, *Protección Social y Mercado Laboral*, Fabio Bertranou, 2004.

OIT, *El futuro de la protección social en América Latina Aportes para el desarrollo económico y social en el marco de la agenda global de trabajo decente*, Chile 2007.

OIT, *Los trabajadores independientes y la seguridad social, Serie de publicaciones de la Secretaría de Seguridad Social*, año IV nº 4, Argentina, 2007.

OIT, *La Reforma Previsional en Chile y la contribución de la OIT*, Oficina Subregional de la OIT para el Conosur de América Latina Chile - Paraguay - Uruguay. 2008.

ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL, OISS, Código Iberoamericano de Seguridad Social, anteproyecto 1994.

OISS, *Regulación y Fiscalización de los Sistemas de Seguridad Social*, Seminario, Chile, 2003, publicó CIEDESS.

MURILLO, W., Norma, «La continuidad internacional de la Previsión de los Trabajadores Migrantes, Seguros de Pensiones por invalidez, vejez y muerte», en *Memoria de Prueba. Esc. de Derecho*, U. de Chile 1980.

SOCIEDAD CHILENA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SCHDTSS *Estudios en Homenaje al profesor William Thayer Arteaga*, 1998.

VARIOS AUTORES, «Reforma Previsional Algunos Aspectos Jornada de Reflexión y Análisis», en *Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Coordinador, H. Cifuentes L. Editorial Lexis Nexis, 1ª Edición 2008.

SUBSECRETARÍA DE PREVISIÓN SOCIAL Y U. DE CHILE, *Encuesta de Historias Previsionales*, Chile, 2004.

SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, Boletines.

SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL, Boletines Estadísticos.

WALKER E., F. / SAPAG CH., R., *Análisis del Sistema de Administración de Fondos Previsionales y su Impacto en los Costos del Afiliado*, Chile, 2001.

V. SIGLAS

AFP	Administradora de Fondo de Pensiones
AISS	Asociación Internacional de Seguridad Social
APS	Aporte Previsional Solidario
APSI	Aporte Previsional Solidario Invalidez
APSV	Aporte Previsional Solidario Vejez
APVC	Ahorro Previsional Voluntario Colectivo
APVI	Ahorro Previsional Voluntario Individual
CAPREDENA	Caja de Previsión de la Defensa Nacional
CCAF	Cajas de Compensación de Asignación Familiar
CIC	Cuenta Individual por Cesantía
CEN	Comisión Ergonómica Nacional
CISS	Conferencia Interamericana de Seguridad Social
COMPIN	Comisión de Medicina Preventiva de Invalidez
DIPRECA	Dirección de Previsión de Carabineros
FCS	Fondo de Cesantía Solidario
FEP	Fondo de Educación Previsional
FONASA	Fondo Nacional de Salud
IA	Institución Autorizada
INE	Instituto Nacional de Estadísticas
INP	Instituto de Normalización Previsional
IPC	Índice de Precios al Consumidor
IPS	Instituto de Previsión Social
ISAPRES	Instituciones de Salud Previsional
ISL	Instituto de Salud Laboral

MINSAL	Ministerio de Salud
MINTRAB	Ministerio del Trabajo y Previsión Social
OISS	Organización Iberoamericana de Seguridad Social
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PBS	Pensión Básica Solidario
PBSI	Pensión Básica Solidaria Invalidez
PBSV	Pensión Básica Solidaria Vejez
RISS	Revista Internacional de Seguridad Social
SEGIB	Secretaría General Iberoamericana
SILT	Subsidios de Incapacidad Laboral Transitoria
SPS	Sistema de Pensiones Solidarias
SUF	Subsidio Único Familiar
SUSPEN	Superintendencia de Pensiones
SUSESO	Superintendencia de Seguridad Social

PONENCIAS LIBRES

LOS SISTEMAS PÚBLICOS Y PRIVADOS DE PENSIONES: DE LA RELACIÓN ALTERNATIVA A LA COMPLEMENTARIA

Javier Neves Mujica[1]

1. ANTECEDENTES

1.1. Solo sistemas públicos de pensiones

Desde su introducción en el Perú, a mediados del siglo XIX, hasta inicios de la década de los noventa, la previsión social ha estado a cargo del Estado. Se encontraba estructurada en dos grandes campos: el de la salud y el de las pensiones. Los regímenes generales existentes en cada caso, denominados Régimen de Prestaciones de Salud (Decreto Ley 22482 del 27/3/79) y Sistema Nacional de Pensiones (Decreto Ley 19990 del 24/7/73), respectivamente, eran gestionados por una entidad autónoma y descentralizada, llamada Instituto Peruano de Seguridad Social, en la que obligatoriamente debía haber afiliación de los trabajadores dependientes y aportación de estos y de sus empleadores. La tasa era del 9% de la remuneración para cada régimen y se cubría en 2/3 por el empleador y 1/3 por el trabajador. Los fondos eran declarados como intangibles por el ordenamiento.

La lógica de dichos sistemas era distinta. El primero se dirigía a trabajadores en actividad –aunque también protegía a los pensionistas–, que sufrieran

---

[1] Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Decano de la misma y ex Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo.

contingencias temporales, como la enfermedad y la maternidad, que provocaban en ellos un mayor gasto o, eventualmente, una incapacidad para el trabajo. A través de prestaciones asistenciales se cubría la necesidad de consultas médicas, productos farmacéuticos, pruebas de laboratorio, etc.; y mediante prestaciones económicas, conocidas como subsidios, se sustituía la remuneración dejada de percibir.

El segundo beneficiaba a quienes habían cesado de modo definitivo en el empleo, por contingencias permanentes, como la vejez y la invalidez; o a los familiares sobrevivientes del titular fallecido. Su preocupación era únicamente la de reemplazar la remuneración y, por ello, otorgaba solo prestaciones económicas, llamadas pensiones.

En los dos ámbitos existían, sin embargo, algunos regímenes especiales. El más importante de estos, se mantenía en el campo de las pensiones y era el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado (Decreto Ley 20530 del 26/2/74).

La actividad privada había tenido presencia marginal en el sector previsional, reservada al campo de la salud, en el que actuaba en forma adicional al Régimen de Prestaciones de Salud, en favor del reducido grupo poblacional que podía pagar las primas de un seguro privado. No operaba en el ámbito de las pensiones.

1.2 La Constitución de 1979

La Constitución de 1979, a tono con la evolución que se registró en el mundo desde la vigencia de sus predecesoras (de 1920 y 1933), se pronunció sobre la previsión social de modo avanzado. En primer lugar, reguló la previsión social como un derecho fundamental, en un Capítulo específico y diferente al referido al trabajo y los derechos laborales, ratificando la reconocida independencia entre ambas. En segundo lugar, estableció –con caracteres diversos– dos modelos de previsión: uno universal, asimilable a la seguridad social y de eficacia aplazada, y otro laboral, asimilable al seguro social y de eficacia inmediata.

Había tres elementos esenciales en la consagración constitucional del sistema universal:

a) Se trataba prioritariamente de un sistema de seguridad social, esto es, del más avanzado mecanismo de previsión, cuya protección alcanza a todas las personas (universalidad) y cubre todas las contingencias (integralidad).
b) Al interior de este campo universal, se diferenciaba entre quienes tuvieran la condición de trabajadores o familiares suyos, de un lado, y el resto de la población, del otro. Respecto de este último sector, se disponía

que podrían actuar como entidades aseguradoras otras distintas de las que tenían a su cargo la protección del primer sector (el Instituto Peruano de Seguridad Social).

c) La implantación del sistema sería progresiva, pudiéndose entender la gradualidad en el acceso tanto respecto de la población protegida (horizontal), como de las contingencias cubiertas (vertical).

Los elementos esenciales del sistema laboral eran los siguientes:

a) Se constituía un típico sistema de seguro social, fase históricamente previa a la del surgimiento de la seguridad social, caracterizada por la protección exclusiva a los trabajadores (y a los familiares dependientes de estos), en sus necesidades más vinculadas a eventualidades en su actividad laboral.

b) Actuaba como institución aseguradora el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), entidad de la que se proclamaba su personería de derecho público, su carácter autónomo y descentralizado, así como su gobierno tripartito (Estado, empleadores y asegurados) y la obligación del Estado, asegurantes y asegurados de aportar a su financiamiento. Conforme a la legislación entonces vigente, los trabajadores dependientes eran asegurados obligatorios y los independientes podían ser facultativos.

c) El IPSS debía brindar protección, de un lado, a todos los trabajadores, y del otro, solo a estos (y sus familiares). Esto suponía que los regímenes independientes que aún subsistían debían integrarse al IPPS (unidad) y que esta entidad no podía comprender a sectores no laborales de la población (exclusividad).

d) El IPSS cubría las contingencias de enfermedad, maternidad o sepelio, a través del Régimen de Prestaciones de Salud, y de vejez, invalidez y sobrevivencia, mediante el Sistema Nacional de Pensiones, ambos a favor de los trabajadores. El primero, por consiguiente, se ocupaba de situaciones temporales, y el segundo, de las definitivas. El Régimen de Prestaciones de Salud brindaba prestaciones asistenciales y económicas (llamadas subsidios y asignaciones). El Sistema Nacional de Pensiones, solo económicas (llamadas pensiones). Un tercer sistema, después suprimido y restablecido, denominado Régimen de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, se ocupaba de las contingencias de este origen, pero únicamente en beneficio de los obreros.

e) Podrían actuar como entidades aseguradoras de este sector laboral, concurrentemente con el IPSS, otras entidades públicas o privadas, que ofrecieran prestaciones mejores o adicionales y siempre que se

contara con el consentimiento de los asegurados. De este modo, los trabajadores dependientes (asegurados obligatorios del IPSS) podrían, sin desafiliarse ni dejar de aportar a este, afiliarse y aportar simultáneamente a aquellas otras entidades. Si los beneficios de estas fueran mejores (suplementarios: de la misma naturaleza, aunque de cantidad mayor), los trabajadores dependientes podrían ser autorizados a rebajar su tasa de contribución al IPSS, la cual mantendrían siempre por solidaridad y aportarían, a la vez, a la entidad respectiva. Si dichos beneficios fueran adicionales (complementarios: de naturaleza distinta), los trabajadores dependientes deberían conservar su tasa de aportación al IPSS y aportar acumulativamente a la otra entidad. Este planteamiento puede sostenerse por interpretación constitucional, aunque carece de base normativa expresa.

1.3 La imposición de la tesis privatizadora

Una severa crisis afectaba a la previsión social hacia fines de la década de los ochenta. Sin duda que la indebida disposición por los sucesivos gobiernos de los fondos del Seguro Social del Perú, primero, y del Instituto Peruano de Seguridad Social, después, para fines ajenos y en cuantía incalculable, es un factor muy relevante en el desencadenamiento de dicha crisis. Frente a ella, habían surgido dos enfoques que diferían acerca de sus causas y, por tanto, de la viabilidad de su superación, así como de los medios para lograrla: para unos, la situación podía corregirse mediante algunas modificaciones legislativas, una mejor gestión administrativa, otra voluntad política del gobierno, etc.; para otros, en cambio, la cuestión era insalvable y solo cabía otorgar un mayor margen de acción a la empresa privada en la cobertura de la salud y de las pensiones. Queda claro que esta tesis fue la que terminó imponiéndose cuando se instaló el régimen de Fujimori a mediados de 1990.

Los principales antecedentes a la creación del Sistema Privado de Pensiones y la reforma del Sistema Nacional de Pensiones fueron, primero, la dación del Decreto Legislativo 637, Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, que se ocupó sorpresivamente de la cuestión en dos de sus preceptos: artículo 264 y 16ª disposición final y transitoria. Estos permitían a las empresas de seguros establecer sistemas de salud, pensiones, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, configurados como alternativos (en el primer precepto) y -contradictoriamente- como complementarios (en el segundo) a los brindados por el IPSS. Estos sistemas entrarían en operación apenas se dictara el decreto supremo correspondiente, que no llegó a producirse.

El segundo fue la dación de los Decretos Legislativos 718 y 724, que crearon los Sistemas Privados de Salud y de Pensiones, gestionados por las Organiza-

ciones de Servicios de Salud (OSS) y Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), respectivamente. Estas normas también fueron inesperadas, porque se dictaron al amparo de la Ley 25327, que confería al Poder Ejecutivo facultades delegadas para legislar sobre pacificación nacional, fomento del empleo y crecimiento de la actividad privada, pero no sobre previsión social. Los sistemas privados se diseñaron como alternativos al del IPSS, reconociéndose al trabajador dependiente el derecho de elegir entre unos y otro, y modificándose la distribución de la aportación a cada sistema: se mantenía el 9% global, pero ahora el empleador aportaba el 1% y el trabajador el 8%. Mientras el Decreto Legislativo 718 nunca fue implementadó, el 724 fue derogado por el Decreto Ley 25897, que creó el Sistema Privado de Pensiones.

Consolidada la tesis privatizadora, en el marco del programa económico neoliberal ejecutado por Fujimori, el debate se centraba en determinar el grado de participación que debía corresponder al sector privado. El dilema consistía en si se debía mantener las entidades públicas, a cargo de prestaciones básicas, con afiliación y aportación obligatoria de los trabajadores dependientes, aunque la tasa de la contribución se rebajara y reservar la presencia privada para la cobertura adicional; o si se debía permitir que los trabajadores eligieran entre la afiliación y aportación exclusiva a una entidad pública o a una privada, las que competirían por la prestación del mejor servicio. En otras palabras, un esquema complementario o alternativo, respectivamente.

La fórmula adoptada fue la última en materia de pensiones, a partir de la creación del Sistema Privado de Pensiones en 1992 (Decreto Ley 25897 del 7/12/92) y la primera en el campo de la salud, con la llamada modernización de la seguridad social en 1997 (Ley 26790 del 15/5/97).

1.4 La creación del Sistema Privado de Pensiones y la reforma del Sistema Nacional de Pensiones

La Constitución de 1993 se produjo tras la implementación de las principales reformas laborales y previsionales llevadas a cabo por el régimen de Fujimori, especialmente en su fase dictatorial, entre abril y diciembre de 1992. En concreto, después de la introducción del Sistema Privado de Pensiones y la modificación de las reglas del Sistema Nacional de Pensiones, que operaron coincidentemente para favorecer al primero y perjudicar al segundo.

Los principales cambios que afectaron al Sistema Nacional de Pensiones los resumimos a continuación. Primero se elevó el número de años de aportación necesarios para percibir una pensión de jubilación de 15 y 13, para hombres y mujeres, respectivamente, a 20 para todos; segundo, se modificó la base de cálculo de la remuneración de referencia, que era el promedio de las últimas 12

remuneraciones y pasó a ser el promedio de las últimas 36, 48 ó 60, según el tiempo de aportación; y tercero, se fijó la pensión máxima en 600 soles mensuales, que fue elevándose lentamente hasta llegar actualmente a 857,36 soles mensuales (por Decreto Ley 25967). Asimismo, se aumentó la edad para la jubilación de 60 y 55 años, para hombres y mujeres, respectivamente, a 65 para todos y se atribuyó a los trabajadores el íntegro del aporte, el que se incrementó en dos tramos, primero de 9 a 11% de la remuneración y luego a 13% (por Ley 26504 del 17/7/95).

En ese contexto, se creó el Sistema Privado de Pensiones, con notorias ventajas, como las siguientes: primero, el acceso o traslado al Sistema Privado de Pensiones es mucho más fácil de obtener que al Sistema Nacional de Pensiones, el retorno a este último tendría que producirse antes de 1994, y solo podrían efectuarlo los trabajadores varones mayores de 55 años y mujeres mayores de 50, cuando la razón determinante para su afiliación al Sistema Privado de Pensiones hubiera sido la creencia equivocada de que tenían derecho a un bono de reconocimiento; segundo, se confirió diversos beneficios a los trabajadores que se pasaron al Sistema Privado de Pensiones, por ejemplo, el aumento en sus remuneraciones que sería de un 10.23%, en sustitución de la obligación del empleador de aportar al Sistema Nacional de Pensiones; tercero, se rebajó la tasa de aportación al Sistema Privado de Pensiones y se elevó la del Sistema Nacional de Pensiones, invirtiendo la relación original entre ambas; etc.

La gestión unitaria de los sistemas de salud y de pensiones, que estaba a cargo del Instituto Peruano de Seguridad Social, se desdobló en dos entidades, una ocupada de la salud, llamada Seguro Social de Salud (ESSALUD) (creada por la Ley 27056 del 29/1/99) y la otra de las pensiones, denominada Oficina de Normalización Previsional (ONP) (creada por el Decreto Ley 25967). Se perdió, además de la unidad, la autonomía, ya que la primera pasó a depender del –entonces llamado– Ministerio de Trabajo y Promoción Social y la segunda, del Ministerio de Economía y Finanzas. Esta Oficina de Normalización Previsional centralizó la administración de las pensiones del Estado.

1.5 La Constitución de 1993

La Constitución de 1993 vino a consagrar las transformaciones que el Poder Ejecutivo, básicamente por vía de decretos legislativos y decretos leyes, había efectuado desde la asunción del gobierno por Fujimori.

La previsión social está regulada en dos preceptos centrales –además de algunas disposiciones transitorias y finales–, que son los artículos 10 y 11. Las ideas principales contenidas en ellos, por contraste con la Constitución de 1979, son las siguientes:

a) Se proclama un modelo universal, aunque de eficacia diferida. La seguridad social es derecho de toda persona, pero se obtiene progresivamente.

b) La Constitución no determina la relación de contingencias cubiertas, ni siquiera en fórmula abierta, sino remite esta tarea a la ley.

c) El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Asimismo, las supervisa.

Vamos a detenernos en este último punto por resultar crucial para esta ponencia. Según él, de un lado, deben existir, al menos, entidades públicas y pueden existir las privadas o mixtas, dado que el Estado no puede forzar su constitución y funcionamiento, aunque sí fomentarlas. De otro lado, si operan entidades privadas o mixtas, además de las públicas, debe haber en la relación entre ellas unas reglas que permitan su subsistencia. Solo de ese modo puede garantizarse la libre elección de los trabajadores.

La Constitución –en su artículo 11– permite que se establezcan relaciones complementarias o alternativas entre los sistemas públicos y privados. Pero supone la presencia necesaria de los primeros y contingente de los segundos. Lamentablemente, el comportamiento del Estado, desde comienzos de la década de los noventa en adelante, parece encaminado a la aniquilación de los sistemas públicos, especialmente en materia pensionaria. Las modificaciones introducidas al Sistema Nacional de Pensiones, en coincidencia con la creación del Sistema Privado de Pensiones, son indicios elocuentes de tal intención.

Si se plasmara la extinción de los sistemas públicos, la infracción al citado precepto constitucional sería flagrante, ya que la oferta se limitaría solo a la opción privada. Sin perjuicio de ello, el Estado abdicaría, además, de una de las funciones centrales que cumple en una sociedad moderna y que justifican su existencia, cual es la de brindar seguridad social a su población.

2. EL FRACASO DEL MODELO ALTERNATIVO

El modelo alternativo consiste en la existencia de entidades públicas y privadas, entre las que los trabajadores deciden excluyentemente su afiliación y aportación. En nuestro caso, tenemos, de un lado, el Sistema Nacional de Pensiones y, del otro, el Sistema Privado de Pensiones.

El problema de este tipo de relación, evidenciado en la experiencia peruana, es que se ha producido una competencia muy inequitativa entre ellos. Todas las reglas han alentado el abandono del Sistema Nacional de Pensiones y han favorecido la inscripción en el Sistema Privado de Pensiones. En esos términos,

como se ha demostrado en el Informe Defensorial N° 99[2], con el impulso hacia el Sistema Privado de Pensiones se generó un traslado masivo de trabajadores, que afectó la relación entre activos y pensionistas en el Sistema Nacional de Pensiones y, por tanto, su equilibrio financiero. Se hizo necesaria, pues, la contribución del Estado, a través del Tesoro Público, para asegurar su sostenibilidad. Como esta es insuficiente, los beneficios que provee el sistema son deficientes.

Por otra parte, a pesar de todas sus ventajas, el desempeño del Sistema Privado de Pensiones, tampoco ha sido realmente satisfactorio. Hay numerosos factores que dan cuenta de ello, entre los que cabe resaltar la opinión de la propia Superintendencia de Banca, Seguros y AFP[3], que ahora propone la reforma de los sistemas pensionarios. En diversos documentos[4] se destaca sus principales limitaciones: baja cobertura, al no haber podido atraer a los trabajadores informales; gran diferencia entre afiliados y aportantes, que representan apenas el 37% de los primeros; cobro de altas comisiones, por excesivos costos administrativos; salvo en el 2005, ha habido una mínima movilidad interna en el sistema, donde más del 50% de los traspasos se efectuaron hacia una AFP de menor rentabilidad y 75% hacia una AFP de mayor costo; ínfimos aportes voluntarios; configuración de un mercado oligopólico; etc. En esta misma línea, se inscribe la insistencia en los proyectos de ley sobre libre desafiliación, que estarían cerca de obtener finalmente un consenso político.

La percepción sobre el desempeño del sistema privado no es solo nacional, sino que también se verifica en el análisis comparado. Así, la Organización Internacional del Trabajo, tras recordarnos que «los sistemas capitalizados no proporcionan protección adicional frente al envejecimiento de las poblaciones; los sistemas privados no son necesariamente más baratos de administrar que los públicos, ni tampoco son necesariamente más eficientes a la hora de invertir el dinero de los cotizantes», concluye: «No pueden proporcionar una pensión de jubilación garantizada ni tampoco el grado de solidaridad necesario para proporcionar pensiones mínimas para combatir la pobreza. Cuando son obligatorios, pero su gestión se deja en manos privadas, no satisfacen el principio de gestión democrática. Es mucho más difícil que estos sistemas proporcionen prestaciones que se hallen totalmente indizadas con relación a la inflación. Y, cuando se encuentran en manos de organismos privados, requieren un elevado grado de regulación y supervisión estatales»[5].

---

2 Defensoría del Pueblo. El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado. Noviembre de 2005.

3 Evolución del Sistema Privado de Pensiones: Situación actual y lineamientos de la reforma. Julio de 2006.

4 Por ejemplo, los citados en las dos notas anteriores.

5 *Op. cit.*, pp. 591 y 592.

3. HACIA UN NUEVO MODELO COMPLEMENTARIO

La mejor manera de superar los problemas que aquejan al Sistema Nacional de Pensiones y al Sistema Privado de Pensiones, tanto en sí mismos, como en su relación entre ellos, es la de rediseñar su vinculación, sustituyendo el modelo alternativo por el complementario.

La propuesta fue formulada, desde diversos frentes, en el debate inmediatamente previo y posterior a la creación del Sistema Privado de Pensiones, pero fue desoída[6]. La Defensoría del Pueblo la retomó en su Informe Defensorial N° 99[7]. Ahora viene respaldada por el Banco Mundial[8] y la Organización Internacional del Trabajo[9] y recogida por la propia Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones, en aparente entendimiento con la Asociación de Administradoras de Fondos de Pensiones[10]. También la suscriben las centrales sindicales[11]. El sistema complementario se funda en la integración del Sistema Público y del Privado, en una estructura de dos pilares básicos[12]. El primero sería un Sistema Público, de reparto, con solidaridad, que garantizaría una pensión mínima. El segundo, un Sistema Privado, de capitalización individual, que proporcionaría pensiones adicionales. La afiliación del trabajador sería obligatoria a ambos sistemas y el aporte sería diferenciado a cada uno de ellos, naturalmente mucho mayor al segundo que al primero. Ahora viene respaldada por el Banco Mundial[13] y la Organización Internacional del Trabajo[14] y recogida por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, en

---

6 NEVES MUJICA, Javier, *Sistema Nacional de Pensiones y Sistema Privado de Pensiones: opción diabólica*, N° 25, Themis, 1993, p. 10.

7 *El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado*, Lima, noviembre de 2005, pp. 20 a 23.

8 *Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento*, Washington D.C., 1994, pp. 269 y ss.

9 GILLION, Colin / TURNER, John / BAILEY, Clive / LATULIPPE, Denis, *Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y reforma*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, p. 592.

10 Así lo informa el artículo «En nombre del jubilado», en *Suplemento «Día 1» de «El Comercio»*, Lima, 3 de julio de 2006, pp. 16 a 18.

11 *Propuesta de las centrales sindicales para la reforma de la Seguridad Social en el Perú. Hacia una Seguridad Social universal y solidaria*, Lima, Oficina Internacional del Trabajo, diciembre de 2007, p. 60.

12 Esta propuesta sintetiza las formuladas por la Organización Internacional del Trabajo y el Banco Mundial que, en rigor, prevén un esquema de tres pilares: asistencial, contributivo y voluntario.

13 *Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento*, 1994, pp. 269 y ss.

14 GILLION, Colin / TURNER, John / BAILEY, Clive / LATULIPPE, Denis, *Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y reforma*, p. 592.

aparente entendimiento con la Asociación de Administradoras de Fondos de Pensiones[15]. Sin duda, hay importantes diferencias entre el planteamiento de estas últimas entidades y el que vamos a presentar aquí.

El sistema complementario se funda en la integración del sistema público y del privado, en una estructura de dos pilares básicos[16]. El primero sería un sistema público, de reparto, con solidaridad, que garantizaría una pensión mínima. El segundo, un sistema privado, de capitalización individual, que proporcionaría pensiones adicionales. La afiliación del trabajador sería obligatoria a ambos sistemas y el aporte sería diferenciado a cada uno de ellos, naturalmente mucho mayor al segundo que al primero.

Según el Banco Mundial, para ser «a la vez una red de seguridad social y un instrumento del crecimiento», los programas de protección deben cumplir tres funciones: de ahorro o de reemplazo del salario, de redistribución o de alivio de la pobreza y de seguro, además de minimizar los costos ocultos, ser sostenibles y trasparentes[17]. Estos objetivos pueden alcanzarse con un sistema de pilares múltiples, más que con uno de pilar único, porque ello permite «apartar la función de ahorro de la función de distribución, y establecer mecanismos separados para el financiamiento y la administración de cada una»[18]. Sostiene dicho organismo: «Este sistema de pilares múltiples tendría las siguientes ventajas: redistribución mejor focalizada, ahorro más productivo y costo social más bajo. Además, es el que mejor cumple el tercer objetivo de los programas de seguridad económica en la vejez –el seguro– pues los trabajadores están menos expuestos a los riesgos políticos, a los riesgos de las inversiones y a los riesgos propios de cada país. En cambio, en los sistemas de pilar único los trabajadores es la juegan todo a una sola carta, y sufren graves problemas si esa carta –pública o privada– no gana. Dado que es imposible siquiera imaginar hoy en día los riesgos de los próximos 60 años, la diversificación amplia entre diversas fuentes financieras y administrativas constituye la mejor manera de asegurarse en un mundo incierto»[19].

El pilar público reemplazaría a todos los sistemas públicos existentes: el Sistema Nacional de Pensiones, como régimen general, y todos los regímenes especiales que subsisten, principalmente el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado, la Caja de Beneficios y Seguridad

---

15 Así lo informa el Suplemento «Día 1» de «El Comercio», del 3 de julio de 2006.

16 Esta propuesta sintetiza las formuladas por la Organización Internacional del Trabajo y el Banco Mundial que, en rigor, prevén un esquema de tres pilares: asistencial, contributivo y voluntario.

17 *Op. cit.*, pp. 269 y 270.

18 *Op. cit.*, p. 275.

19 *Op. cit.*, p. 276.

Social del Pescador y la Caja de Pensiones Militar-Policial. En pilar privado se sustentaría en el actual Sistema Privado de Pensiones, con las indispensables reformas que deben efectuársele.

Pensamos que la implementación del modelo complementario, requeriría la previa respuesta a tres cuestiones fundamentales: 1) ¿El primer pilar debería ser público o podría ser privado?; 2) ¿Beneficiaría a toda la población o solo a los trabajadores? En este último caso, ¿también comprendería obligatoriamente a los independientes?; y 3) ¿Se aplicaría a los trabajadores que se inscribieran en el futuro o también a los actualmente pertenecientes a los sistemas existentes? Si se optara por lo segundo, tendría que diseñarse un régimen de transición entre el esquema vigente y el nuevo.

Vamos a abordar a continuación estas tres interrogantes. Hay que advertir de antemano que el enfoque jurídico resulta insuficiente para dar una cabal respuesta a ellas, pero es el que corresponde con la disciplina que manejamos y con la naturaleza del Congreso al que se presenta esta ponencia, por lo que tendremos que limitarnos aquel.

3.1 El carácter público del primer pilar

En la experiencia nacional, el Estado no ha sido solo un regulador y un supervisor de la seguridad social, sino también un gestor, muchas veces único. Esta última función corresponde con un Estado social y democrático de derecho, como el que configura la Constitución, que le atribuye importantes responsabilidades en la provisión de los derechos económicos, sociales y culturales de la población: «La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana...» (artículo 43); «Son deberes primordiales del Estado:... garantizar la plena vigencia de los derechos humanos... y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación...» (artículo 44); «La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura» (artículo 58); etc. Por ello, pensamos que el primer pilar tendría que ser público.

Adicionalmente, el artículo 11 de nuestra Constitución no permitiría que el primer pilar fuera privado. En efecto, según hemos sostenido, dicho precepto hace necesaria la existencia de un sistema público y contingente la de los sistemas privados. Si se instaurara el mecanismo de los pilares, el sistema público, de funcionamiento indispensable, tendría que configurarse como primer pilar. La ley no podría convertirlo en prescindible. Sí podría, en cambio, aunque no sin dificultades, transformar el sistema privado también en obligatorio, como segundo pilar.

Para las normas internacionales del trabajo, sin embargo, en ciertas condiciones, la gestión podría ser privada. La Organización Internacional del Trabajo señala que «el Estado tiene la responsabilidad de garantizar que se cumplen las condiciones de los regímenes de pensiones y se suministran las prestaciones. Esto incluye no sólo el establecimiento del marco de los sistemas, sino también la responsabilidad de su gestión y eficiencia generales que se deriva de la misma naturaleza obligatoria de los regímenes. Pero no implica necesariamente que el propio Estado deba participar directamente en la gestión de los regímenes. Esta se puede dejar en manos de otras organizaciones (organismos paraestatales o incluso instituciones del sector privado), pero, cuando el Estado no gestione los sistemas por sí mismo, deberá establecer una amplia gama de regulaciones cautelares, asociadas a rigurosos procesos de auditoria, que salvaguarden las cotizaciones individuales a lo largo de un espacio de tiempo amplio y aseguren que las prestaciones son suministradas de manera eficiente»[20].

3.2 El esquema contributivo

Tendría que optarse entre el esquema asistencial y el contributivo. En el primero, serían beneficiarias de la articulación en pilares del sistema pensionario, todas las personas, financiándose con impuestos; mientras en el segundo, lo serían solo los trabajadores, en principio dependientes, aunque podría incorporarse además los independientes, a través de sus aportaciones.

Es claro que el esquema asistencial guarda más afinidad con el modelo universal de seguridad social, que proclaman la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. En nuestro país está teóricamente vigente en el campo de la salud, a cargo del Ministerio de Salud, pero no en el de las prestaciones que brinda ESSALUD, inscritas en el esquema contributivo. Menos aun en el campo de las pensiones.

Creemos que, en concordancia con la meta fijada por el artículo 10 de la Constitución, debe llegarse gradualmente a la protección universal. La aplicación a toda persona es, también, la perspectiva de la Organización Internacional del Trabajo y del Banco Mundial. Pero, pensamos que en las actuales circunstancias, resulta más viable económica y políticamente mantener el modelo laboral. La extensión generaría un complejo debate acerca de las prioridades de la política social.

En cuanto a los trabajadores independientes, sí pensamos que se podría disponer su inscripción obligatoria en el sistema, porque la previsión social es un derecho pero también un deber de toda persona. Las dificultades de hacer efectiva esta regla serían, sin embargo, enormes.

---

[20] *Op. cit.*, p. 587.

3.3 La aplicación a todos los trabajadores

El nuevo sistema pensionario articulado en pilares podría regir solo para los trabajadores que empiecen su actividad en el futuro y, por tanto, no se encuentran afiliados a ningún sistema actual, o también para los que ya están inscritos en alguno de ellos: el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones.

Proponemos que, como se hizo cuando se implementó el Sistema Privado de Pensiones, el nuevo mecanismo tenga aplicación para todos los trabajadores. Para quienes están registrados en el Sistema Nacional de Pensiones, no habría mayor problema. Una porción de su contribución se dirigiría al pilar público, como ocurre hoy con el íntegro, donde se redistribuiría solidariamente, para garantizarles una pensión mínima; el resto iría, en cuenta individual, al pilar privado, para proveerles un adicional a dicha pensión. Los que se encuentran inscritos en el Sistema Privado de Pensiones tendrían que diferenciar dos momentos: a futuro, se sujetarían a las mismas reglas expuestas, que no suponen una ruptura descomunal con las actuales, en las que ya se prevé una pensión mínima. Respecto de los fondos ya acumulados, debería garantizarse su intangibilidad, aunque podría gravárseles por solidaridad.

Sería indispensable que las disposiciones transitorias previeran en detalle los efectos de la sustitución del modelo alternativo por el complementario sobre las diversas situaciones que pudieran presentarse.

ARTICULACIÓN DE LOS SISTEMAS PREVISIONALES PUBLICO Y PRIVADO

Alfonso De Los Heros P.A.*

COMENTARIO INICIAL

Periódicamente se suscita debate en torno a los regímenes pensionarios imperantes en el Perú, debido a la discrepancia existente entre los enfoques estatal y privado respecto de lo que debe entenderse por seguridad social en materia de pensiones, subsistiendo, a pesar de encontrarnos en el siglo XXI, la histórica desconfianza para algunos sobre la presencia del Estado en el manejo de un tema tan delicado, que puede derivar, como ya ha ocurrido en el pasado, en soluciones políticas populistas, perjudiciales para la efectividad de los derechos y beneficios sociales provenientes de la seguridad social; y, para otros, en la desconfianza que provoca la presencia del empresariado privado, en la administración de los fondos previsionales.

Esta situación es propia de una sociedad en la que el desarrollo se ve limitado no solamente por una educación deficiente y una cultura de exclusión, sino por una falta de confianza social, que nos coloca en los últimos lugares de la larga fila de países que no logran superar esta limitación porque no optan por la educación y el desarrollo como la mejor solución para la equidad social.

El paradigma tradicional de una seguridad social pública, autónoma, solidaria y universal, se pierde en la realidad cuando observamos el recorrido que esta ha tenido en nuestro país debido a la incompetencia del Estado para mantenerla vigente de manera eficiente.

Su carácter público y autónomo ha sido confundido permanentemente para convertirla en objeto de los intereses políticos de la coyuntura o del

* Profesor de la Universidad de Lima. Socio del Estudio Echecopar.

gobierno de turno. Su carácter solidario se ha perdido por falta de previsión de cómo debería organizarse para enfrentar el cambio demográfico y económico que se venía produciendo desde las últimas décadas del siglo XX y su carácter universal se pierde porque el Estado no ha sabido cumplir con el más elemental de los deberes que le corresponde: el de mantener el orden bajo el imperio de la ley, el de abanderar el bien común y el de cumplir con las expectativas de la ciudadanía.

El régimen de reparto resultante de esta concepción ha devenido en una carga para el estado, que debe cubrir la mayor parte de las pensiones, monto que va en crecimiento, con fondos provenientes del tesoro generados por los impuestos y que deberían destinarse más bien a educación, salud, infraestructura, combate a la pobreza y seguridad ciudadana, principalmente.

Por otro lado, el régimen privado de pensiones, que nace debido al colapso del régimen público, si bien ha reunido a más de un treinta por ciento de la población laboral, ha visto limitado su crecimiento y posibilidades por similares razones a las del régimen público, pero vistas desde la otra orilla. En efecto, este régimen nace con la Ley 25897 e inicia sus actividades en 1993, con las características de ser un régimen prefinanciado de capitalización, pero con la limitación de ser privado en un país de mentalidad estatista, y sobre todo con la permanente presentación de iniciativas legislativas que en todo momento han pretendido restringirlo y hasta desmontarlo, sin entender que se trataba de una reforma estructural fruto, de alguna manera, de la necesidad, y de una concepción nueva o distinta de enfocar el problema, la que, no por ser privada, era mala en sí misma y que además contaba con todas las garantías de control, transparencia y hasta intervención del Estado, como ha quedado demostrado en los dieciséis años de vida del sistema.

ARTICULACIÓN DE LOS SISTEMAS PREVISIONALES

Se trata ahora, pasado el tiempo y visto el futuro demográfico y económico que nos espera, de determinar cuáles pueden ser los aportes que ayudarían a mejorar, en general, la estructura de las pensiones, analizando las opciones existentes, a efectos de plantear una posible articulación entre los sistemas previsionales público y privado.

MARCO DOCTRINARIO

La doctrina nos señala que la seguridad social está basada en ciertos principios, propios de su naturaleza. Tales principios son los de universalidad, integralidad, solidaridad, unidad e internacionalidad. Para efectos de nuestro análisis, detengámonos solamente en dos de estos principios: la universalidad y la solidaridad.

La universalidad, establece que la seguridad social pretende alcanzar a la población entera, es decir, que es progresiva, pues no solamente protege o debe proteger a los asalariados, quienes son los primeros que han alcanzado este derecho por obvias razones históricas, sino que, poco a poco, debe comprender sectores de ciudadanos diferentes, sean o no asalariados y sea cual fuere el nivel de sus ingresos.

La solidaridad, está identificada con el régimen económico, al que todos deben contribuir. Hay un sentido de responsabilidad social, por lo cual si bien en un momento la contribución es tripartita cuando se trata de trabajadores formales, pues deben contribuir también los empleadores y el Estado, en realidad debe llegar el momento en que la contribución sea social, a través de los impuestos, en especial cuando la protección alcance a ciudadanos que no son trabajadores formales.

«La solidaridad amalgama al sistema de seguridad social, como expresión de la primacía del interés colectivo sobre el individual y, por tanto, impone la participación –en el sistema– de todos los miembros de la sociedad»[1]

«La solidaridad es esencial para la Seguridad Social. No se trata de un ingrediente opcional o contingente, que puede existir o no. Es un elemento indispensable para que la seguridad social sea lo que debe ser»[2].

Veremos más adelante cómo juega o debe jugar este principio tratándose del sistema privado de pensiones. Por el momento baste decir que la solidaridad puede revestir variadas formas de participación social, desde la contribución tripartita propia del sistema estatal, hasta las subvenciones directas que debe dar el Estado en determinadas circunstancias, como sucede con las pensiones mínimas o las subvenciones a la pobreza.

RÉGIMEN CONSTITUCIONAL

Durante el Siglo XX, se recoge constitucionalmente por primera vez, en el artículo 48° de la Constitución de 1933, el concepto moderno de la seguridad social, en los siguientes términos:

> «La Ley establecerá un régimen de previsión de las consecuencias «económicas de la desocupación, edad, enfermedad, invalidez y muerte; y
>
> «fomentará las instituciones de solidaridad social, los establecimientos de «ahorros y de seguros, y las cooperativas».

---

1 CARBALLO, César A., «Relaciones entre lo individual, lo colectivo y la seguridad social», en *Repensar las Fronteras del Derecho del Trabajo y sus Principios, V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Setiembre 2001, p. 412.

2 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Estudios de la Seguridad Social*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, p. 408.

Puede verse en este enunciado general y más programático que real, el germen o semilla de la legislación que posteriormente fue creando las distintas figuras de la seguridad social.

Más tarde, la Constitución de 1979, incluye todo un capítulo, el Capítulo III, dedicado a la seguridad social, la salud y el bienestar. En su artículo 12° garantiza el derecho de todos a la seguridad social, y en el 13° se señala los riesgos cubiertos que incluyen la enfermedad, maternidad, invalidez, desempleo, accidente, vejez, muerte, viudez, orfandad y cualquiera otra contingencia susceptible de ser amparada por la ley.

Su artículo 14° encarga la seguridad social a una institución autónoma, descentralizada y de derecho público, de dirección tripartita, señalando que sus fondos provienen del Estado, los empleadores y los asegurados. La misma norma permite la existencia de entidades privadas en la seguridad social «siempre que ofrezcan prestaciones mejores o adicionales y haya consentimiento de los asegurados». Aquí puede encontrarse la semilla de los sistemas privados de pensiones y salud.

En el año 1993, entra en vigencia la actual Constitución, y en su artículo 1° señala que «la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado». Esta declaración, como derecho fundamental, implica que la persona humana debe gozar de una serie de derechos y cumplir frente a la sociedad una serie de deberes que le permitirán mantener su calidad y su dignidad de persona humana.

Dentro de los derechos sociales y económicos que permiten la realización del paradigma enunciado, se encuentra el derecho a la seguridad social.

Así, el artículo 10° de la Constitución dispone:

«El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la «seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise «la ley y para la elevación de su calidad de vida».

La norma señala un derrotero muy claro. La seguridad social constituye un derecho, este derecho es de carácter universal, es decir alcanza a todos los ciudadanos y es progresivo, pues obviamente la sociedad requiere la organización, desarrollo y medios suficientes para cumplir esta meta.

A su vez, en materia de pensiones, el artículo 11° de la Constitución «garantiza el libre acceso» a las mismas, «a través de entidades públicas, privadas o mixtas», dotando a los fondos y reservas de la seguridad social de un carácter intangible.

LEGISLACIÓN APLICABLE

La seguridad social en el Perú en materia de pensiones, tiene larga data. Como se verá a continuación, la protección en materia de vejez (jubilación) tiene más de siglo y medio y ha sido, junto con la salud, lo que ha caracterizado en la mayor parte de ese tiempo lo que en el Perú se ha considerado como seguridad social, a pesar de su limitado alcance tanto conceptual como social, por abarcar solamente a un sector de la población perteneciente al mundo estructurado y formal. Revisaremos este panorama[3].

La Ley de Goces de Castilla de 1850, tuvo un siglo de duración y otorgaba pensión de jubilación, cesantía y montepío y quedó plenamente reemplazada recién en 1973 por el Sistema Nacional de Pensiones creado por el Decreto Ley 19990. La transición entre estos sistemas generó el Decreto Ley 20530, llamada de la cédula viva, por actualizarse la pensión con la remuneración correspondiente al cargo público activo respectivo. Este régimen ha sido modificado por la ley 28389 de noviembre 2004 modificatoria de la Constitución, que declara cerrado el régimen de la Ley 20530, permitiendo poner topes a las pensiones que exceden de una UIT, y por ley 28449 de diciembre de 2004, que modifica a su vez la ley 20530, para hacer posible la ejecución de la norma modificatoria del régimen.

Antes de la vigencia del Sistema Nacional de Pensiones mencionado en el párrafo anterior, ya en el año de 1936, se había promulgado la Ley 8433, que tenía que ver exclusivamente con los trabajadores obreros y entró en vigencia en 1941.

En el año 1974, se promulgaron las normas sobre la Caja de Pensiones Militar Policial y finalmente en 1992, se promulgó el Decreto Ley 25897, que establece las normas de funcionamiento del Sistema Privado de Pensiones.

NORMAS INTERNACIONALES

En la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, se señalaba:

«Toda persona, en calidad de miembro de la sociedad, tiene derecho a la «seguridad social.

Es decir, que toda persona tiene derecho a un nivel mínimo en todos los aspectos que tiene que ver con su vida, como son la salud, la edad, la invalidez, la desocupación y demás contingencias sociales.

---

[3] De Los Heros, Alfonso, *Notas del Curso Derecho Laboral Parte General*, Universidad de Lima.

Por último, tenemos el Convenio N° 102 de OIT de 4 de junio de 1952, que entró en vigor el 27 de abril de 1955[4], que establece las bases de lo que se considera la norma mínima de seguridad social, estableciendo las prestaciones que debe comprender cada tipo de beneficio. Al tratar sobre la vejez, señala la garantía de cubrir la contingencia más allá de una edad prescrita que no debe exceder de 65 años, salvo excepciones, con alcances cuantitativos en materia de cobertura de asalariados y de población económicamente activa.

LA JURISPRUDENCIA

Interesa pues entender cuál es el alcance de estos derechos y cómo se engarzan en las obligaciones del Estado social y democrático de derecho que consagra el artículo 43° de la Constitución.

A este respecto, la sentencia de 3 de junio de 2005, expedida por el Tribunal Constitucional en el expediente 0050-2004[5] en el que se acumulan diversas demandas de inconstitucionalidad contra las leyes N° 28389 y N° 28449, que dejaron sin efecto el régimen de la Ley 20530 mencionada anteriormente, contiene diversos criterios que vale la pena señalar, pues conforman el marco jurídico de lo que debemos entender por seguridad social en el ámbito pensionario.

En su fundamento 43, la sentencia señala:

«En el componente mismo del derecho individual, se reconoce un deber «social traducido en el compromiso de coadyuvar a la real eficacia de «aquellos factores mínimos que aseguran una vida acorde con el principio «de dignidad humana, y que se encuentran proyectados en el conjunto de «los valores superiores que la Constitución incorpora para el goce de todas «las personas».

Con relación a la economía social de mercado consagrada en el artículo 58° de la Constitución, señala en su fundamento 44, que los elementos de aquella son:

- El bienestar social, que se traduce en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.
- El mercado libre, que supone respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a la libre competencia regida, *prima facie* por la oferta y la demanda y por el combate a los monopolios y oligopolios.

---

[4] OIT, Convenio 102, Convenio Relativo a la norma mínima de la seguridad social, Ginebra, 1985.

[5] Tribunal Constitucional, Sentencia del Pleno Jurisdiccional de 3 de junio de 2005, Expedientes Acumulados, sobre proceso de inconstitucionalidad contra las leyes 28389 y 28449.

- El Estado subsidiario y solidario que obliga a este a intervenir cuando la realidad socioeconómica contravenga o se haya desvinculado del bienestar social.

Respecto a la pensión, el Tribunal Constitucional considera que la dignidad humana es el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales y conforme lo ha expresado en la Sentencia recaída en el expediente N° 0010-2002-AI/TC en el caso Tineo Silva, la dignidad humana es el mínimo inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover (fundamento 46).

En este sentido, defiende el principio de solidaridad respecto a la pensión, criterio que deberá servir más adelante para fijar una posición respecto a las soluciones que podrían darse a la realidad pensionaria en el Perú.

Dice en su fundamento 48, citando a su vez el fundamento 16 de la Sentencia N° 2945-2003-AA del caso Meza García, que la solidaridad es un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política, es el deber de aportar al fin común. Por ello en la sentencia recaída en el Expediente N° 0011-2002-AI en el caso Herrera Otiniano, fundamento 14, se reconoce el fuerte contenido axiológico de la seguridad social. Solidaridad de carácter general que se manifiesta por ejemplo en las prestaciones de salud y solidaridad intergeneracional, que se manifiesta específicamente en el caso de las pensiones en los sistemas de reparto.

En su fundamento 54, la sentencia señala que «la seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado –por imperio del artículo 10 de la Constitución– al amparo de la «doctrina de la contingencia y la calidad de vida».

Por ello, según lo señala el fundamento 14 de la Sentencia del Expediente N° 0011-2002-AI/TC, «la seguridad social es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad».

SITUACIÓN ACTUAL

Actualmente en el Perú coexisten dos sistemas de pensiones:

1. El modelo de reparto representado en el Sistema Nacional de Pensiones por el cual las pensiones de los jubilados son financiadas por el aporte de los trabajadores activos. Estas pensiones provienen de un fondo común formado por las aportaciones de los afiliados al sistema nacional y por los aportes del estado provenientes del tesoro público.

2. El sistema de cuentas individuales de capitalización, en el cual la pensión de cada jubilado es financiada con los aportes que el mismo trabajador fue efectuando durante su vida laboral. Este sistema utiliza el modelo de cuentas individuales de capitalización.

Hay que tener en cuenta, antes de pasar a analizar estos sistemas, que la coexistencia de un sistema nacional y un sistema privado, no es casual. Proviene de la realidad que se ha vivido durante el siglo XX respecto de varios factores que han hecho necesaria la presencia de un sistema alternativo en materia de pensiones.

Vale la pena señalar que actualmente coexisten cinco grupos de trabajadores y que no todos gozan de la protección de los beneficios pensionarios:

A) Los trabajadores afiliados al Sistema Nacional de Pensiones. Se trata de trabajadores formales, que aportan 13% sobre sus ingresos laborales. Su número bordea los 500,000 aportantes y además existen más de 700,000 jubilados que reciben un subsidio importante del estado como se verá más adelante.

B) Los trabajadores afiliados al Sistema Privado de Pensiones, que son también trabajadores formales, que aportan 10% de sus ingresos al fondo de pensiones. Son al mes de mayo de 2009, 4'361,309 afiliados nominales, de los cuales aporta menos de un 50% y actualmente existen 80,000 pensionistas en este sistema. Sus pensiones provienen de la capitalización de sus aportes.

C) Los trabajadores independientes, que no aportan a ningún sistema y con sus impuestos subsidian a los jubilados del Sistema Nacional de Pensiones. Son más de 2'500,000 personas y no tienen pensión de jubilación.

D) Los trabajadores informales que no tienen acceso a ningún sistema, pagan impuestos indirectos y también contribuyen a subsidiar al grupo de pensionistas del Sistema Nacional de Pensiones. Son más de 5'700,000 personas y no tienen pensión de jubilación.

E) Los ciudadanos en extrema pobreza, alrededor de 3'000,000 de personas, que en todo caso pagan impuestos al consumo y subsidian a los pensionistas del régimen público. Desde luego que estas personas no tienen ningún tipo de pensión.

Este es pues el universo hacia el cual debemos dirigir nuestra preocupación e interés en buscar soluciones efectivas que aseguren el futuro de estas personas.

Podemos apreciar que esta realidad implica una gran deficiencia y una crisis de soluciones adecuadas, que hasta ahora no se implementan. El Consejo

Asesor de la Reforma Previsional Chilena (2006)[6] dice a este respecto que «un sistema de pensiones no requiere estar inmerso en una crisis para que sea necesario reformarlo. Basta con que esté expuesto a mayores exigencias de la sociedad».

Y de eso se trata precisamente. En el Perú tenemos que empezar a solucionar, en la medida de las posibilidades económicas del país, todas aquellas carencias que se reflejan de la realidad señalada en la relación de casos anterior.

SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES

La crisis económica del sistema nacional ha sido provocada, no solamente por el mal manejo de los fondos previsionales que sucesivos gobiernos utilizaron para fines distintos al propósito de su creación a pesar de su carácter intangible (significativa deuda estatal esfumada virtualmente por la inflación y gastos excesivos de tipo administrativo para sostener el sistema, los cuales consumían más de la mitad de lo ingresado, sin contar con la evasión y la mora de los empleadores), sino, en especial, por el fenómeno de la disminución del empleo formal, el crecimiento del sector informal y el cambio de patrón demográfico en que se basaba el sistema de reparto.

Como señalaban MORÓN y CARRANZA[7] en el 2003, en la simulación realizada para determinar hasta cuando puede ser sostenible el sistema de reparto se señala «la simulación realizada arroja resultados preocupantes... si el apoyo del Estado al SNP se limitara a proporcionar recursos para cubrir el 40% de la planilla de la Ley 19990, el sistema nacional no podría seguir operando más allá del año 2009. Para el año 2009 se habrían agotado por completo los recursos del fondo consolidado de reservas, el fondo donde capitalizan los aportes de los afiliados activos al SNP y que financian el pago de las pensiones de la Ley 19990. A partir de ese año, el Estado tendría que cubrir con sus recursos ordinarios la totalidad de las pensiones del D. Ley 19990».

Hemos llegado a 2009 y el sistema sigue funcionando, sin que se haya reducido el monto de cobertura de las pensiones, por lo que se supone que el Estado sigue financiando la planilla de pensionistas con cargo al Tesoro Público y en perjuicio de otros grupos sociales del país, en especial el de extrema pobreza y los que viven dentro de sectores sumergidos o no estructurados o informales.

---

[6] IGLESIAS, Augusto, *Propuesta de Reforma al Sistema de Pensiones de Chile*, PrimAmerica Consultores, 2006.

[7] MORÓN, Eduardo / CARRANZA, Eliana, *Diez Años del Sistema Privado de Pensiones, Avances, Retos y Reformas*, Universidad del Pacífico, Centro de Investigación, 2003, p. 59.

De esta manera y mientras continúe el sistema de reparto, sin financiación y sin futuro demográfico, como se verá luego, habrá una competencia indebida de un sistema con condiciones de ineficiencia, como el Sistema Nacional de Pensiones, en detrimento de la sociedad y sin que se cumpla el objetivo de prestar pensiones dignas a quienes se jubilan.

Por otro lado, resulta insostenible desde el punto de vista demográfico, la posibilidad de seguir manteniendo un sistema de reparto por cuanto, si analizamos la evolución del crecimiento de la población podemos apreciar que ya no es posible que una base previsional amplia de gente joven sostenga las pensiones de los que se van jubilando en el sistema.

Más aun, entre 1950 y el año 2025, la población mayor de 65 años se habrá multiplicado por 10 y habrá aumentado 2.5 veces su participación en la población total. Es decir, las personas viven más y las familias son menos numerosas. Según las estimaciones del INEI, la tasa de crecimiento que en 1955 era de 2.69% se reduce al año 2006 a 1.40%. Entre los años 2027 y 2032 será de 0.84%, y entre el año 2042 y 2047 será de 0.50%.

Esta realidad lleva a que, mientras por las expectativas de vida en el año 1985 una persona de 65 años que había tenido 40 años de trabajo tenía una posibilidad o futuro de 10 años pensionables, hoy por hoy, con los mismos años de trabajo, la expectativa de vida al pensionarse habiendo cumplido los 65 años, es de 20 años pensionables Esta situación demográfica ha llevado a los gobiernos a utilizar los impuestos que pagan todos los ciudadanos y que deberían estar destinados a servicios como la educación, la seguridad, la salud y la infraestructura, entre otros, se vea destinada actualmente en importante proporción a pagar pensiones de jubilación (más de 8 mil millones).

Habida cuenta la insostenibilidad del sistema de reparto frente al sistema de capitalización y, a las necesidades de la población que deben ser cubiertas por este beneficio, debemos plantearnos alguna opción a fin de resolver de una manera definitiva el problema, y evitar que el Estado siga soportando una carga innecesaria con detrimento de los derechos efectivos de los trabajadores que continúan acogiéndose al sistema de reparto sin saber que al final de su vida laboral van a recibir una pensión limitada y precaria que no va a ser suficiente para subvenir a las necesidades que les presente el periodo de jubilación que, como hemos visto anteriormente, se extiende por razones demográficas cada vez más.

SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

El Sistema Privado de Pensiones cuyo funcionamiento se inicia en 1993, como señalamos anteriormente, en virtud del Decreto Ley 25897, se establece como una forma de resolver el problema suscitado por la falencia del sistema público.

Funciona como un sistema alternativo por razones constitucionales y políticas, ya que el marco jurídico no permitía en ese entonces, el cierre del Sistema Nacional de Pensiones. Pero, al mismo tiempo, se modificó el manejo de este sistema público entregándole a la Oficina de Normalización Previsional, ONP, la administración previsional a partir de enero de 1994, entidad que supuestamente tendría a su cargo la paulatina reducción del sistema publico a pesar de que la afiliación seguía siendo libre en cualquier sistema y que en la practica han existido y existen trabajadores que pueden optar por afiliarse o volver al Sistema Nacional de Pensiones.

En el tiempo transcurrido entre su formación y el presente, en muchas oportunidades, políticos y sindicalistas han señalado su preferencia por el sistema publico, la conveniencia de la desafiliacion del sistema privado y hasta la creación de un nuevo Sistema Nacional de Pensiones, pensando seguramente, que el Estado es el único capaz de conducir un sistema de seguridad social, cuando en realidad lo que interesa es que los sistemas funcionen, que los beneficios sean efectivos y no solamente nominales y que el Estado siempre está presente en la supervisión de todo aquello que tenga que ver con el bienestar social. Más aún, en el caso del Sistema Privado de Pensiones, lo ha hecho bien, lográndose altos estándares de seguridad en métodos, prestaciones e inversiones.

Entre tanto, el Sistema Privado de Pensiones hasta el día de hoy, ha demostrado que tiene aspectos positivos, aunque es perfectible, y que puede cubrir mejor las expectativas de pensión de los trabajadores que se jubilan. A este respecto, se pueden indicar algunos aspectos importantes que hacen necesaria la permanencia y mejora de este sistema.

Una primera ventaja es que en el sistema de capitalización el dinero aportado pertenece siempre al trabajador y nunca se pierde ante la eventualidad de la desaparición o cambio de la administradora. El fondo tiene cuentas separadas y cambia de administradora en caso de quiebra o liquidación de una AFP.

Además, no es necesario un número mínimo de aportaciones como ocurre en el sistema nacional que exige 20 años y que implica la perdida de lo aportado si no se llega a cubrir dicho periodo aportativo.

Contrariamente, en el sistema de capitalización el trabajador percibe la pensión al cumplir los 65 años de acuerdo al fondo que ha logrado acumular durante su vida laboral siendo propietario, no solamente del integro de lo aportado, sino también de la rentabilidad, sumas con las cuales financia su pensión. Existe también la garantía de pensión mínima para quienes no alcanzan la acumulación necesaria.

En la historia transcurrida en sus dieciséis años de vida, la rentabilidad nominal promedio ha sido de 13.83% y la real de 8.58% a mayo de 2006. De esa

fecha al año 2009, la rentabilidad nominal anualizada ha sido 15.71% y la real 11.80% en el fondo menos conservador y de 8.99% y 5.31% respectivamente, en el fondo más conservador (fuente Asociación de AFP).

Esto indica que el manejo y la estabilidad de estos fondos ha sido positivo a pesar del escaso volumen del propio mercado nacional, la limitada posibilidad de diversificar los fondos con inversiones en el exterior y el hecho de que el compromiso de este fondo en papeles del Estado es el menor de toda América Latina, sin mencionar los efectos de la crisis económica internacional.

La ventaja que tiene el sistema de capitalización es que no depende de la capacidad de gasto del estado y que no hay topes en la rentabilidad; y si nos referimos a la tasa de reemplazo, es decir al porcentaje de pensión sobre el sueldo promedio podemos apreciar que dependiendo de la rentabilidad, las pensiones pueden llegar a montos muy importantes sobre la ultima remuneración del trabajador e incluso superarla. Así por ejemplo, en el caso de una persona que cotice durante el 80% de los meses de su vida laboral, entre los 25 y los 65 años de edad con un crecimiento de 2% anual en sus ingresos, puede llegar a una tasa de reemplazo de 79% con 4% de rentabilidad promedio en el período y superior al 100% si la rentabilidad es de 7%.

Además, el sistema de capitalización mantiene los mismos beneficios básicos del Sistema Nacional de Pensiones, a saber:

- el derecho de una pensión mínima.
- el pleno acceso a Essalud para afiliados y pensionistas.
- el otorgamiento de pensiones de sobrevivencia e invalidez.
- el otorgamiento de gastos de sepelio.
- la jubilación anticipada para trabajadores de riesgo.

Actualmente y pese a la corta existencia del sistema de capitalización existen 80,000 pensionistas de los cuales la mitad son pensionistas de jubilación, 6% son pensionistas de invalidez y 44% de sobrevivencia.

Además resulta evidente el impacto que tiene el sistema privado de pensiones en la economía nacional pues acumula cerca del 70% del ahorro interno del país bordeando actualmente los 20,000 millones de dólares y cerca del 18% del PBI.

DESAFÍOS A LOS SISTEMAS PREVISIONALES

En el caso peruano, la realidad nos plantea desde el punto de vista social y financiero, un desafío: tener un sistema sostenible que garantice pensiones dignas al trabajador en su etapa jubilatoria o a sus derechohabientes en el caso de que éste falte. Se trata, en el complejo mundo de hoy, de otorgar seguridad a los ciudadanos ante los eventos sociales de la jubilación o de la supervivencia.

Hay que tener en cuenta, además de los factores demográficos y sociales, el factor económico, pues éste normalmente, es el que ha contribuido al desfase de los sistemas de protección social.

En otras palabras, el Estado no debe simplemente contemplar pasivamente el cambio demográfico de valores y de sistemas de vida social que se producen a pesar de su intervención sino, en especial, debe comprometerse a que toda su acción administrativa deba estar dirigida al aseguramiento de que las bases económicas de estos sistemas tengan eficacia en el tiempo, lo cual implica sanas políticas económicas, prudencia fiscal, control del gasto publico, adecuada inversión social, lucha contra la corrupción, y aplicar políticas que tengan por objeto convertir al Estado en un ente eficiente y garantizar la estabilidad económica y social necesarias para evitar siniestros sociales o siniestros económicos que dan al traste con cualquier sistema previsional.

OPCIONES POSIBLES

Cabe pues plantear como opciones posibles:

1. La desaparición de uno de los dos sistemas y la prevalencia del otro;
2. La complementariedad entre ambos sistemas a través de una pensión mínima a cargo del Estado y una pensión complementaria a cargo del sistema de capitalización; siendo este el sistema de pilares en el que los trabajadores aportarían a una cuenta individual y a un fondo colectivo;
3. La complementariedad por defecto, en la que el Estado contribuiría con los montos necesarios no alcanzados por el afiliado, para completar la pensión mínima, pero superado el mínimo por la pensión de capitalización, el Estado no tendría que intervenir;
4. La complementariedad compleja, en la que habría una pensión mínima para toda aquél ciudadano en edad crítica (65 años), proveniente del impuesto a la renta, con límites cuantitativos calculados actuarialmente, más la complementariedad por defecto para quienes han cotizado al fondo de capitalización y la pensión complementaria a cargo del sistema de capitalización.

Dentro de las opciones que se presentan como renovadoras están citadas con más frecuencia la opción de los pilares, por la cual podríamos hablar de varios niveles de protección social:

1. Pilar Solidario: un primer nivel de protección universal o pilar universal por el cual el Estado pudiera llegar a la población no protegida con pensiones o ayudas mínimas vitales;
2. Pilar Complementario: un pilar de pensión mínima que tendría un carácter complementario y que obligaría al Estado a otorgar la diferencia

entre dicha pensión mínima y el monto que pudiera haber obtenido el trabajador en su vida laboral si éste fuera menor.

3. Pilar de capitalización: que sería un pilar de ahorro de cuenta individual a cargo de las AFP.

La propuesta de reforma en Chile formulada por el Consejo Asesor Presidencial para la reforma previsional plantea precisamente una estructura multipilar con un primer nivel solidario para los más pobres, un pilar contributivo que incorpore a los trabajadores independientes con subsidios iniciales en los primeros 24 meses de cotización, para los trabajadores de bajos ingresos y un pilar de ahorro voluntario. Precisamente en estos días, los medios informan que el Senado chileno aprobó la iniciativa de anticipar en un año, de julio de 2010 a septiembre de esta año 2009, el inicio de cobertura de las pensiones solidarias, considerando una inversión de 25 mil millones de dólares y el aumento del valor de la pensión máxima con aporte solidario (PMAS) lo que significa que a partir de septiembre se entregará el Aporte Previsional Solidario (APS).

Si tenemos en cuenta el recorrido del sistema previsional en Chile, por su antigüedad y resultados y por tratarse de un país con mayor grado de formalidad, parecería que en el caso peruano no sería fácil llegar rápidamente al sistema multipilar con una base solidaria para los más pobres debido básicamente a que el nivel de informalidad en el Perú es de tal magnitud que el Estado terminaría destinando una enorme porción de los impuestos para cubrir esta zona.

Parece más prudente que en el Perú se comience por un sistema de dos pilares:

1. un primer pilar complementario en que el Estado complete hasta su límite las pensiones que están por debajo de la pensión mínima; y
2. un segundo pilar de capitalización en el cual habría que incluir a los trabajadores independientes y a los trabajadores informales de manera obligatoria. Esto último podría lograrse a través de incentivos y de detección del trabajo informal.

En una etapa posterior, habría que llegar, en virtud de la solidaridad social y el alcance universal de la seguridad social, al pilar solidario en que recibirían el apoyo correspondiente, los ciudadanos que, sin tener los requisitos de ser trabajador estable o formal, requiere el subsidio social para gozar de una vida digna.

¿Cuál sería la fuente de financiación del primer pilar? Considero que debería provenir de los impuestos y no de una contribución adicional de los trabajadores formales, pues si la conceptuáramos como solidaria, todos deberían contribuir.

De lo que se trata es que el Estado, que actualmente cobra impuesto a la renta sobre la parte de la remuneración que constituye las contribuciones a los

sistemas de pensiones, destine esos fondos para cubrir el monto complementario a fin de que alcancen la pensión mínima aquellos trabajadores que no llegan a ese nivel.

No hay que olvidar que el Estado nunca cumplió con la cuota de sostenimiento tripartito de los regímenes de seguridad social, aunque en la práctica, ha tenido que ir cubriendo con fondos del Tesoro Público sus propias ineficiencias en la administración de los fondos de la seguridad social, mientras que empleadores y trabajadores formales lo han venido cumpliendo.

Tampoco hay que olvidar la influencia que tiene en cualquier proyecto de seguridad social la presencia del sector no estructurado o informal, cuyo volumen es de tal magnitud en el Perú, que convierte al Estado en un depredador económico del mundo formal para poder subsistir. La solidaridad no debe recaer sobre el tercio formal de la población laboral. Debe ser responsabilidad de toda la ciudadanía.

No estoy de acuerdo por ello, con quienes señalan que la pensión mínima debería garantizarla el Estado creando una contribución complementaria de porcentaje menor, que pese sobre los hombros de quienes contribuyen al sistema.

Existe pues una concepción conmutativa y una distributiva, como señala PLÁ citando a DUPEYROUX[8] . La primera como contrapartida del aporte, lo que conduce a concebir la seguridad social como un sistema de garantía de los ingresos obtenidos por la actividad profesional. La segunda como solidaria, en que cuenta la necesidad del individuo, revistiendo un sistema de garantías de un mínimo social.

No veo por qué no puedan coexistir estas dos formas en el sistema de pilares, pues en el primer pilar, se trataría de una aportación solidaria por parte del Estado proveniente de los impuestos, y en el segundo pilar, se trataría del resultado de lo aportado a través de la vida útil laboral.

En el caso del aporte solidario, mientras esté ligado al trabajo, a través de completar la pensión mínima, estará ligado a la historia laboral del individuo, pero cuando se pasa a la etapa de la pensión social, para todo aquél ciudadano en situación de pobreza que no se encuentre en la situación de cotizante a un sistema de pensiones, pueden establecerse bases sociales que obviamente estarían vinculadas a la edad y a la realidad económica del ciudadano.

---

[8] PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, «Personas Protegidas, Asegurados y Beneficiarios», en *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 625.

Lo que conviene, al descargar al Estado de las obligaciones que significa el sistema de reparto, es que éste, a través del impuesto a la renta contribuya con lo necesario para el complemento que permita alcanzar la pensión mínima. Es evidente que esta carga será cada vez menor en la medida que el desarrollo, la cultura del ahorro, la formalización del país, la masa crítica de cotizantes al sistema de capitalización y la eficiencia del aparato estatal vayan mejorando.

Hay que asegurar que los trabajadores no tengan que contribuir al fondo para garantizar la pensión mínima pues éste es un deber solidario de la sociedad que se debe hacer efectivo a través del Estado. Hay que terminar con la existencia del sistema de reparto para que todos los trabajadores se incorporen al sistema de capitalización desde luego con el primer pilar complementario a cargo del Estado para garantizar una pensión mínima.

Una siguiente etapa sería la de la pensión de solidaridad para aquellas personas en estado de pobreza que no han contribuido a un sistema de pensiones. Esta etapa no es posible aún, a nuestro juicio, en el caso peruano, mientras el Estado no se libre de la carga del sistema de reparto y se empiecen a dar las condiciones económicas y sociales antes comentadas. El tránsito a esta etapa será paulatino y dependerá de la eficiencia del Estado para superar sus propias limitaciones.

Un aspecto que es necesario destacar, es la necesidad de promover una cultura previsional. Sin ella no será posible que los trabajadores y afiliados a un sistema previsional sientan y entiendan que los fondos les pertenecen. La educación en el hábito del ahorro y en el sentido que tienen los regímenes previsionales es un deber del Estado. El problema es que la mayor parte de personas que destinan sus fondos, bien sea al fondo de reparto en manos del Estado o al fondo de capitalización en manos de las AFP, ven lejano el día de la jubilación y no se preocupan por este problema. Además, han bebido de la fuente del paradigma estatista, habiéndose acostumbrado a no preguntar ni exigir, y a bajar la cabeza cuando el Estado personificado en algún gobernante, ha dispuesto como ha querido de algo que nos pertenece a todos los peruanos.

El tomar conciencia de que el afiliado es propietario del fondo es un paso importante para que el mismo afiliado se preocupe por sus derechos y se dé cuenta de que es un problema no solo de la sociedad o del Estado sino del individuo y que el estar atento a la solvencia del sistema, a la competencia de los administradores, a los rendimientos, y aún al ejercicio responsable del derecho al voto cuando se elige a un gobernante para garantizar la estabilidad económica y política del propio país a lo largo del tiempo, son elementos indispensables que garantizan al ciudadano la efectividad de la pensión al finalizar su vida laboral.

Como señala Andras UTHOFF[9] hay varias posibles líneas de acción:

1. La transparencia de la función distributiva en el pilar básico: solidaridad financiada debidamente y si alguien debe recibir un subsidio, tiene que provenir de impuestos generales.
2. Establecer claramente el tipo de prestaciones sin crear incentivos perversos o negativos evitando la evasión del sistema contributivo hacia el primer pilar.
3. Fomentar la participación en los sistemas de capitalización para aumentar la cobertura.
4. Permitir que la persona siga cotizando aunque se quede sin trabajo formal.
5. Mejorar la cultura previsional, incorporando en la educación el hábito del ahorro.

A su vez, Luis BENEDOSSI[10] señala que además, «habrá de reforzarse la visión estratégica de la previsión social para que la estabilidad de las políticas en esta materia se independice de la alternancia gubernamental (algo a todas luces deseable) y también el compromiso con la educación. Así como tenemos que educar al cotizante, también ha de ir creándose una conciencia de que ciertos estamentos (en la medida en que tengan estabilidad) favorecen al desarrollo de los sistemas».

ALGUNAS REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

El mensaje es muy claro:

- Se requiere que el Estado deje el sistema de reparto porque es ineficiente.
- Es razonable entrar a un sistema de pilares, como se ha propuesto líneas arriba, con la progresividad propuesta para evitar daños económicos al sistema.
- Es recomendable que el Estado se concentre, por etapas y de acuerdo a las posibilidades, en el pilar solidario, con recursos fiscales, primero para satisfacer los ingresos mínimos de las personas cuyo recorrido laboral no les permite alcanzarlo y más adelante el de las personas que no tienen medios ni posibilidad de formar un ahorro personal.
- Debe usarse de manera transparente el pilar solidario para evitar el abuso tanto del lado del ciudadano beneficiario, como de los gobiernos populistas que pueden depredar los dineros públicos por clientelismo político.

---

[9] UTHOFF, Andreas, «Cobertura», en *Regulación de los Sistemas de Pensiones de Capitalización Individual*, OIT, 2004, p. 75.

[10] BENEDOSSI, Luis, *Ibidem*, p. 98.

- El sistema de capitalización debe continuar siendo eficiente y competitivo y ser debidamente supervisado como hasta ahora para garantizar su transparencia y resultados.
- Es necesario fomentar la cultura del ahorro desde la educación en la escuela.

Finalmente, cabría añadir que nada de esto es posible si el Estado y los ciudadanos no cumplen su parte en el compromiso de garantizar que la seguridad social no sea un mito y se transforme en instrumento de desarrollo. Ello sólo se logra con políticas económicas estables y eficientes y con responsabilidad ciudadana preocupada por el futuro personal y familiar.

BIBLIOGRAFÍA

BENEDOSSI, Luis, «Cobertura», en *Regulación de los Sistemas de Pensiones de Capitalización Individual*, OIT, 2004.

CARBALLO, César A., «Relaciones entre lo individual, lo colectivo y la seguridad social», en *Repensar las Fronteras del Derecho del Trabajo y sus Principios*, V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, Setiembre 2001.

CUSMAN VERAMENDI, Héctor, *Intendente de AFP, «Evolución del Sistema Privado de Pensiones: Situación Actual y Lineamientos de la Reforma*, Superintendencia de Banco y Seguros.

DE LOS HEROS, Alfonso, *Notas del Curso Derecho Laboral, Parte General*, Universidad de Lima, 1985-2006.

IGLESIAS, Augusto, *Propuesta de Reforma del Sistema de Pensiones de Chile*, PrimAmerica Consultores, 2006.

MORÓN, Eduardo / CARRANZA Eliana, *Diez años del Sistema Privado de Pensiones, Avances, Retos y Reformas*, Universidad del Pacifico, Centro de Investigación, 2003.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Estudios de la Seguridad Social*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, «Personas Protegidas, Asegurados y Beneficiarios», en *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1997.

UTHOFF, Andreas, «Cobertura», en *Regulación de los Sistemas de Pensiones de Capitalización Individual*, OIT, 2004.

OIT, Convenio 102, «Convenio relativo a la norma mínima de la seguridad social», Ginebra, 1985.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia del Pleno Jurisdiccional de 3 de junio de 2005, Expedientes Acumulados sobre Proceso de Inconstitucionalidad contra las leyes 28389 y 28449.

EL FUTURO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES EN EL PERÚ A PROPÓSITO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS SISTEMAS PREVISIONALES COEXISTENTES

César González Hunt*

I. INTRODUCCIÓN

La realización del Primer Encuentro Peruano Chileno de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que ha de tener como primer tema central de desarrollo la *Articulación de los Sistemas Público y Privado en el Sistema Previsional*, constituye un marco propicio para analizar el estado de la llamada *cuestión pensionaria* en el Perú.

Una primera constatación que se aprecia nítidamente a partir de la experiencia vivida desde la introducción de la reforma legal en pensiones de diciembre de 1992, que habilitó la coexistencia de dos regímenes paralelos y en competencia que habrían que otorgar pensiones en el país, es la necesidad de acometer una nueva y profunda reforma del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, la misma que sintomáticamente es reclamada por sus principales protagonistas (centralmente el Estado y el ente gremial representativo de las Administradoras de Fondos de Pensiones).

Este particular consenso se labra en la constatación fáctica del estado de crisis que atraviesa el Sistema de Seguridad Social en Pensiones en el país,

* Estudios de Doctorado en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Seguridad Social en la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

particularmente el Público, aun cuando el Sistema Privado también ha sido destinatario de críticas y cuestionamientos, incluso algunas provenientes de sus propios afiliados[1].

A partir de esta apreciación resulta de particular interés analizar desde una perspectiva jurídico constitucional la viabilidad de la reforma de los Sistemas de Seguridad Social en Pensiones a partir de los dos escenarios que podrían proponerse a la luz de la doctrina que ha venido acuñando el Tribunal Constitucional, esto es:

(i) La reforma integral del Sistema Público de Pensiones manteniendo el carácter alternativo entre el Sistema Público y el Sistema Privado de Pensiones, tal como ocurre en la actualidad; y

(ii) La coexistencia complementaria entre el Sistema Público de Pensiones y el Sistema Privado de Pensiones brindando ambos pensiones a todos los afiliados activos. El Sistema Público garantizaría una pensión mínima y el Sistema Privado brindaría una pensión complementaria.

Ciertamente, y cabe la advertencia desde el inicio, en el contexto de una reforma de la Seguridad Social en Pensiones, los propuestos no son los únicos escenarios que pueden plantearse, pues caben matices en su formulación, pero son los únicos que tienen sustento constitucional.

Lo anterior se ve ratificado en buena cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, a través de una serie de pronunciamientos, ha venido señalando una línea directriz de interpretación en torno a los preceptos constitucionales que directa o indirectamente contienen previsiones en torno a la materia pensionaria. En este orden de ideas, cabe recordar las trascendentales consideraciones que sobre el particular han sido vertidas en la sentencia del 3 de junio de 2005 en las demandas de inconstitucionalidad promovidas contra la Ley N° 28389, Ley de Reforma de los artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del

---

[1] Nos referimos concretamente al pedido de «*libre desafiliación*» del Sistema Privado de Pensiones (SPP) y reincorporación al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) promovida por quienes consideran que su afiliación al SPP resultó contraria a sus intereses, pues en el Sistema Público obtendrían una pensión de jubilación superior a la que les correspondería en el Sistema Privado. En este punto cabe recordar que tal reclamo ha sido sustancialmente atendido a través de dos vías paralelas, a saber: (i) la profusa jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha permitido en determinados supuestos tal «*desafiliación*» del SPP y retorno al SNP; y (ii) la emisión de la Ley N° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensión Mínima y Complementaria y Régimen Especial de Jubilación Anticipada, que crea supuestos que habilitan el retorno del SPP al SNP.

Perú y contra la Ley N° 28449, Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530[2], pronunciamiento que por su enorme trascendencia será recurrentemente citado a lo largo del presente artículo.

A partir del reconocimiento constitucional de la viabilidad de un modelo alternativo de prestaciones pensionarias que habilita la coexistencia de los sistemas público y privado en competencia, a lo largo de nuestra ponencia procuraremos analizar si se han dado las condiciones necesarias para que se produzca una genuina libre elección del sistema al que se desea pertenecer que sea compatible con el diseño constitucional de Seguridad Social en Pensiones, o si el devenir de tal escenario ha creado desajustes técnicos que afectan directamente la misma configuración del Sistema Público de Pensiones generando la necesidad de replantear el modelo adoptado.

Esta cuestión, como resulta obvio, es de enorme trascendencia porque de la respuesta que se obtenga dependerá la solución sobre el desarrollo legislativo del propio Sistema de Pensiones a partir de las previsiones constitucionales. Así, resultando evidente que existe un mandato constitucional en materia de Seguridad Social en Pensiones, su alcance será distinto según se concluya que se describe un modelo acabado de Seguridad Social en Pensiones, o por el contrario, nos encontramos ante la necesidad de efectuar ajustes al modelo que lo hagan compatible con los principios rectores de la Seguridad Social. A tal cometido nos abocaremos en la presente ponencia.

II. LOS REGÍMENES PREVISIONALES EN EL PERÚ

1. El Sistema Nacional de Pensiones, un sistema de seguridad social

En la década pasada (hasta el año 1992), el Sistema de Seguridad Social en Pensiones se configuraba como unitario y de carácter público, basado en el reparto. Así, las pensiones eran administradas por el Instituto Peruano de la Seguridad Social (IPSS).

El Sistema Nacional de Pensiones (SNP) se aprecia como un *sistema público en el cuál las aportaciones de los trabajadores activos deben cubrir las pensiones de los jubilados, incapacitados y familiares en orfandad (...); en este caso, el monto de las prestaciones tiene relación directa con la recaudación, que depende del volumen de los afiliados efectivamente aportantes (...) hay una aportación*

---

[2] Expedientes N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-AI/TC, 007-2005-AI/TC y 009-2005-AI/TC (Acumulados) en los seguidos por los Colegios de Abogados del Cuzco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra el Congreso de la República.

proporcional al ingreso que se percibe, y la seguridad de obtener una pensión, aunque de monto impredecible[3].

Este sistema comprende, entre otros, a los trabajadores de la actividad laboral privada, trabajadores de la actividad laboral pública que no se encuentren dentro del ámbito del régimen previsional del Estado aprobado por el Decreto Ley N° 20530 (esto es, en relación a todos aquellos que ingresaron con posterioridad al 11 de julio de 1962), trabajadores del hogar y aquellos que realizan actividad económica independiente.

Pues bien, la ocurrencia de determinados hechos originó que en el año 1991, el Sistema Nacional de Pensiones se encontrara a punto de colapsar, siendo que las pensiones eran extremadamente bajas (estaban por debajo de su valor real), existía una alta incertidumbre en el valor de las mismas (al depender los incrementos de decisiones políticas y administrativas) y una carencia de mecanismos de financiamiento realistas que aseguren la sostenibilidad del sistema en el mediano y largo plazo[4].

A pesar del reducido nivel de las pensiones (la pensión promedio en noviembre de 1991 era equivalente a US$ 69.00)[5] y el porcentaje de aportación que se imponía (9% de la remuneración), el SNP era insostenible. Aportaban a éste aproximadamente 2 millones de trabajadores, pero los recursos captados no eran los suficientes para cubrir los beneficios otorgados a los 278 mil pensionistas[6].

Este contexto situó al SNP dentro de una situación de crisis financiera ya que no contaba con los recursos necesarios para financiar el pago de las pensiones. En adición a ello, se sumó la escasa transparencia en el manejo de sus fondos, así como la evasión de los aportes por parte de los empleadores – siendo el Estado el más grande evasor[7]– y la burocratización del IPSS[8], lo que impidió una administración clara y suficiente del sistema.

---

3 Vega-Centeno, Máximo / Remenyi, María Antonia, «El Sistema Previsional en el Perú: Sistema Nacional de Pensiones vs. Sistema Privado de Pensiones», en *Economía/PUCP*, Vol. 19, N° 37-38, julio-diciembre 1996, p. 375.

4 Ortiz de Zevallos, Gabriel *et al.*, *La Economía Política de las Reformas Institucionales en el Perú: los casos de Educación, Salud y Pensiones*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., marzo 1999, p. 35.

5 *Ibidem*. p. 37.

6 Moron, Eduardo / Carranza, Eliana, *Diez años del Sistema Privado de Pensiones. Avances, Retos y Reformas (1993-2003)*, Universidad del Pacífico, Centro de Investigación, Lima, diciembre 2003, p. 23.

7 El Estado no efectuaba sus aportes como empleador y con frecuencia captaba los recursos recaudados por el IPSS para financiar obras y gastos corrientes.

8 A tal efecto, Gabriel Ortiz De Zevallos pone de relieve que el IPSS pasa de 25,000 trabajadores en 1985 a 45,000 en 1990, en Art. Cit., p. 37.

Fue de esta forma como el sistema pensionario se empezó a percibir como débil, en tanto que, desde el punto de vista financiero, los sistemas de reparto son inherentemente inestables ya que dependen de factores demográficos. Estos determinan que la relación entre aportantes y pensionistas sea cada vez menor por efecto del creciente aumento en las expectativas de vida de la población asegurada y la paulatina disminución de los ingresos del sistema, a la par del progresivo aumento de sus obligaciones[9] [10].

Todo este mal manejo del sistema en el país contribuyó al deterioro de los beneficios otorgados a los pensionistas y generó la necesidad de brindar a los trabajadores más jóvenes una alternativa sostenible de ahorro previsional.

2. El Sistema Privado de Pensiones: la búsqueda de una salida frente a la crisis

Frente al precario y devastador marco que presentaba el SNP, se generó una opción diferente y alternativa sostenible de ahorro en pensiones. Luego de un intento fallido de reforma del sistema previsional[11], se creó el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP).

Así, este nuevo sistema acoge un esquema normativo, a través del cual las AFP se constituyen como sociedades anónimas cuya función es administrar el Fondo de Pensiones de cada afiliado; dichos fondos son colocados de manera diversificada de acuerdo a los límites establecidos por ley, en instrumentos previamente calificados.

---

[9] Al respecto, véase lo señalado por MORON, Eduardo / CARRANZA, Eliana, *op. cit.*, p. 20.

[10] Cabe advertir que la situación de crisis en la financiación de los Sistemas Públicos de Seguridad Social basados en el reparto intergeneracional de las cargas no es un fenómeno exclusivamente peruano. Por el contrario, puede sostenerse que el mismo es universal. Al efecto, ver: «*Envejecimiento sin Crisis. Políticas para la Protección de los Ancianos y la Promoción del Crecimiento*». Informe del Banco Mundial sobre investigaciones relativas a Políticas de Desarrollo. Banco Mundial, Washington D.C., octubre de 1994.

[11] A través del Decreto Legislativo N° 724, que crea el Sistema Privado de Pensiones, publicado en el Diario Oficial «*El Peruano*» el 11 de noviembre de 1991. Se plantea al mismo como complementario al Sistema Nacional de Pensiones administrado por el entonces Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS). La iniciativa fracasa en virtud a un contexto político adverso y a sus insuficiencias y vacíos. Es derogado por la Décima Sexta Disposición Final del Decreto Ley N° 25897, que crea el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, publicado en el Diario Oficial «*El Peruano*» el 6 de diciembre de 1992, hoy vigente.

Entre otras funciones, las AFP otorgan una serie de prestaciones a los trabajadores afiliados al SPP, como son la jubilación, invalidez[12], sobrevivencia[13] y gastos de sepelio, además de encargarse de la recaudación de los aportes, la cobranza de aportes impagos, tramitación de Bonos de Reconocimiento, la información a los afiliados y el otorgamiento y pago de las prestaciones previstas en la legislación en el momento en el cuál los afiliados cumplan con los requisitos establecidos.

Ahora bien, un cambio novedoso que trajo el nuevo sistema de previsión social recayó en la administración privada de los fondos de los afiliados a través de las cuentas individuales de capitalización (CIC), las mismas que son creadas a nombre de cada afiliado, consignando todos los movimientos que se realizan como el aporte obligatorio, aporte voluntario, aportes adicionales efectuados por el empleador, Bonos de Reconocimiento.

Además, al igual que el SNP, el SPP tiene la obligación de incorporar a todo trabajador ya sea dependiente o independiente que elija libremente afiliarse a él. El trabajador afiliado al SPP sólo podrá revertir su decisión de incorporación al SPP por causal de nulidad taxativamente señalada en la Ley.

Es importante mencionar que al producirse el traslado de un trabajador que estaba afiliado al SNP, al SPP, a éste se le otorga un Bono de Reconocimiento[14] a efectos de reconocerle los años aportados en el SNP, lo cuál

---

[12] Cabe precisar que éstas no son aseguradas de manera directa por una AFP, sino que deben ser contratadas con una empresa de seguros. Para otorgar estas prestaciones se deben cumplir una serie de requisitos de antigüedad, así como de las circunstancias de la discapacidad.

[13] Ésta comprende a los herederos forzosos de trabajadores que aún no habían alcanzado la edad para jubilarse dentro del SPP al momento de su muerte y de aquellos jubilados que hubieran optado por una modalidad diferente a la renta vitalicia personal. El monto de la pensión es decreciente según el grado de parentesco.

[14] El artículo 7° de la Ley N° 27617, vigente desde el 2 de enero de 2002, que sustituye el primer y segundo párrafos del Decreto Supremo N° 054-97-EF - Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones establece que tienen derecho a Bono de Reconocimiento los trabajadores que a diciembre de 1992 estaban afiliados a los sistemas de pensiones administrados por el IPSS y que hubieran cotizado en el SNP, un mínimo de 48 meses en total dentro de los 10 años previos al 6 de diciembre de 1992, fecha de creación del SPP. Cabe añadir que los trabajadores deben manifestar su derecho al Bono de Reconocimiento al momento de afiliarse al SPP, probando el cumplimiento de los requisitos para obtener este derecho a fin de que la ONP (en virtud de la Ley N° 26323) les otorgue el Bono que les corresponde. Dichos Bonos deben ser entregados por la ONP a la AFP que el trabajador indique, la que a su vez lo debe entregar a una entidad de servicio de guarda física de valores, salvo que los mismos se encuentren representados por anotaciones en cuenta.

incrementa el capital individual del afiliado, aunque no en forma equivalente a los aportes realizados.

A efectos de asegurar la transparencia, seguridad y normal desarrollo del SPP a través de una supervisión eficiente del mismo, con el Sistema Privado de Pensiones se crea la Superintendencia de Administración de Fondos de Pensiones –SAFP (absorbida en noviembre de 2000 por la Superintendencia de Banca y Seguros– SBS, convirtiéndose en la Superintendencia Adjunta de AFP), mediante la cuál se efectúan las funciones de supervisión del SPP en representación del Estado, con el fin de garantizar el financiamiento del sistema y vigilar el fiel cumplimiento de estas disposiciones, en observancia del artículo 11° de la Constitución de 1993.

Como puede apreciarse de lo hasta aquí señalado, un sistema como el Privado de Pensiones, sustentado en un mecanismo de capitalización individual, resulta incompatible con uno basado en la unidad y solidaridad, como es el Público, por lo que cabe apreciar que el Sistema Privado no constituye una manifestación de la Seguridad Social[15], tal como se apreciará con mayor detalle más adelante. Simple y sencillamente se trata de un mecanismo de aseguramiento social cuyo basamento no se encuentra en la idea de la redistribución de la riqueza como manifestación de la responsabilidad social del Estado en la que éste tiene una participación medular, como es el caso del Sistema Público de Pensiones.

III. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y SU COMPATIBILIDAD CON EL MODELO NORMATIVO ADOPTADO

Luego de habernos situado en un contexto en el cual conviven dos sistemas previsionales de diferente naturaleza, resulta necesario dilucidar si existe en la formulación constitucional peruana una adscripción a un modelo determinado de Seguridad Social en Pensiones[16], y si tal eventual encuadramiento resulta ser

---

[15] En el mismo sentido, Pasco Cosmopolis, Mario, «¿Son los Sistemas Privados de Pensiones formas de Seguridad Social?», en *Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*, Secretaría General de la OISS, Madrid, 1998, pp. 177-178.

[16] Enfoque doctrinal que, en el caso español, es seriamente cuestionado por Joaquín Aparicio Tovar al considerarlo inconducente, pues deriva en el reconocimiento que no existe modelo alguno, de lo que se podría concluirse que el legislador *puede hacer casi todo*. A entender del reconocido profesor español, corresponde al legislador –en uso del pluralismo político– ordenar los elementos del sistema como crea conveniente, «*siempre y cuando se mueva dentro de los márgenes permitidos por la Constitución, que viene determinado, (...) entre otros medios, por el respeto del contenido esencial de la institución y por la suficiencia de las prestaciones*»; Aparicio

compatible o no con la normativa legal preexistente. Es decir, determinar qué modelo se aplica: el bismarckiano de corte profesional –contributivo[17] o beveridgeano de corte asistencial– universalista[18]. Claro está que tal encuadramiento resulta ser relativo, en tanto que en el actual estadio de evolución de la Seguridad Social no puede postularse la existencia de un modelo puro[19].

Como punto de partida cabe apreciar que en su devenir histórico, el modelo imperante en nuestro país ha sido esencialmente profesional – contributivo, en tanto que la protección se ha circunscrito en su ámbito subjetivo a quienes realizan una actividad profesional de la cual procuran sus ingresos, en función de los cuales contribuyen al sistema; así como en su ámbito objetivo, pues las prestaciones que otorga el sistema se reciben como consecuencia de la cotización al mismo, cumpliendo una función de sustitución de las rentas percibidas con anterioridad a la ocurrencia de la contingencia protegida, con independencia de la situación de necesidad que se pudiera padecer.

Una primera aproximación al artículo 10° de la Constitución de 1993 pareciera mostrar un acercamiento al modelo asistencial – universalista en tanto éste

---

TOVAR, Joaquín, «La Seguridad Social en la Constitución», publicado en *El modelo social de la Constitución Española de 1978 (1978-2003)*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 2003, p. 788. A nuestro entender, tal reparo no puede ser extendido al caso peruano pues la determinación del modelo en nuestro caso si resulta un ejercicio útil de análisis.

17 Este modelo concibe a los seguros sociales como regímenes obligatorios de carácter nacional e institucionalizados, normativa, administrativa y financieramente. La organización de estos seguros es caracterizada como corporativa, de alcances limitados a los aportantes y de responsabilidades administrativas en función de las disponibilidades. Sobre los alcances de este modelo normativo de Seguridad Social, ver: BERNEDO ALVARADO, Jorge, *Ganancia para algunos y desprotección para todos*, Bocetos, Lima, 2000, p. 11.

18 Este modelo plantea un nuevo diseño de Seguridad Social que tiene por objetivo prioritario la atención del ciudadano ante los riesgos y siniestros (conocidos actualmente como contingencias sociales) que inexorablemente se han de presentar. Tiene como eje central la redistribución de la riqueza, proponiendo la sustitución del sistema financiero de capitalización por el de reparto que exige aportaciones a un fondo común. BEVERIDGE, William, *Seguridad Social y Servicios Afines*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid, 1989.

19 Como lo enfatiza Yolanda SÁNCHEZ-URAN AZAÑA cuando citando una obra colectiva coordinada por D. PIETERS recuerda que en Alemania existen aportaciones estatales, además de las cotizaciones de trabajadores y empleadores, en los seguros de vejez, invalidez y desempleo, financiando la totalidad de prestaciones de seguridad social fuera de la esfera de los seguros sociales. Y que en Inglaterra se han establecido prestaciones contributivas que cubren las contingencias de desempleo, vejez, invalidez, muerte, accidente de trabajo, enfermedad y maternidad, financiadas básicamente a través de cotizaciones del empleador y los trabajadores. SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Yolanda, *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995, p. 24.

reconoce el *derecho universal* y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley[20].

No obstante, de la revisión del Diario de Debates del Congreso Constituyente Democrático (CCD)[21], aparece que el reconocimiento del *derecho universal* a la seguridad social alude a una aceptación declarativa de la existencia del derecho[22], llevando, por ende, a identificar este derecho como uno de preceptividad diferida. Es precisamente por ello que la norma constitucional, luego de reconocer el *derecho universal* a la seguridad social enfatiza que éste es progresivo, poniendo de relieve su condición de derecho fundamental social con una postulación programática.

Lo anterior no significa en modo alguno el desconocimiento de su condición de derecho fundamental o que su reconocimiento dependa de su nivel de exigibilidad, pues como señala el Tribunal Constitucional al referirse a la efectividad de los derechos sociales:

> «No se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente»[23].

---

[20] En este punto cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno al concepto y contenido de la seguridad social. Así, ha señalado: «*(...) la seguridad social (...) es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad*» (Sentencia recaída en el Expediente N° 0011-2002-AI/TC, fundamento 14). Igualmente, ha sostenido que la seguridad social: «*Se concreta en un complejo normativo estructurado –por imperio del artículo 10 de la Constitución– al amparo de la doctrina de la contingencia y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en la elevación de la calidad de vida*» (Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 54).

[21] Debate Constitucional, t. I (Primera Legislatura), Congreso de la República, Lima, 1994, pp. 422 y 434.

[22] Como se recuerda en: Abanto Revilla, César, *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, Director Walter Gutiérrez, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2005, p. 419.

[23] Sentencia recaída en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC, fundamento 11.

Así pues, el reconocimiento del *derecho universal* a la seguridad social –señaladamente la pensión, materia objeto de nuestro análisis– en tanto derecho fundamental de preceptividad diferida alcanzará a todos los ciudadanos del país de forma progresiva, atendiendo a las posibilidades económicas del Estado.

De otro lado, si la Constitución de 1993 hubiere configurado un modelo de Seguridad Social asistencial –universalista, el modelo históricamente imperante en nuestro país, de corte profesional– contributivo, tendría que considerarse como contrario a ella; es decir, se habría producido en tal supuesto una inconstitucionalidad sobreviniente. Y, como puede apreciarse de la uniforme jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no existe pronunciamiento alguno del supremo intérprete de la Carta fundamental en el que se cuestionen las bases normativas de los diversos regímenes pensionarios sustentados en la condición de aportantes de sus beneficiarios.

Es más, a partir del reconocimiento a la pensión como un derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha sostenido claramente que:

> «En tanto que la plena exigibilidad de los contenidos del derecho fundamental a la pensión resulta de su desarrollo legislativo, éste es un derecho fundamental de configuración legal, y por ello, dentro de los límites del conjunto de valores que la Constitución recoge, queda librada al legislador ordinario la regulación de los requisitos de acceso y goce de las prestaciones pensionarias»[24].

Consecuentemente podemos concluir que, reconociendo la *vocación universalista* del postulado contenido en el artículo 10° de la Carta fundamental, de él no puede derivarse que la Constitución diseñe un modelo específico de Seguridad Social que sea contrario a los principios del modelo profesional –contributivo en el que se inscribe la normativa legal en materia pensionaria.

Lo anterior resulta trascendente a efectos de apreciar que los rasgos profesionales del sistema adoptado pueden mantenerse a futuro en un plazo mediato, sin que ello pueda conceptuarse como contrario a las previsiones constitucionales. No obstante, cierto es que el Sistema de Seguridad Social deberá adoptar de forma paulatina y gradual elementos propios del asistencialismo, siempre y cuando las posibilidades del erario nacional así lo permitan.

IV. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y SU NUEVO MODELO LEGAL

La regulación constitucional admite, en materia pensionaria, la coexistencia de los Sistemas Público y Privado como formulas alternativas en

---

[24] Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 120.

competencia sin establecer preeminencias, tal como ocurre en la actualidad. Así, a partir de la garantía del libre acceso a prestaciones de pensiones a través de entidades públicas y privadas –consagrada en el artículo 11° de la Constitución de 1993–, podemos distinguir un Sistema Público de Pensiones de un Sistema Privado de Pensiones[25].

Como puede apreciarse del cotejo de ambos Sistemas –expuesto en párrafos anteriores– resulta por demás evidente que el Privado de Pensiones al crecer de basamento sustentado en la solidaridad no puede ser conceptuado como un Sistema de Seguridad Social[26] [27].

Tal apreciación era compartida hasta tiempo reciente por el Tribunal Constitucional al sostener que:

> «Debe tenerse en cuenta que la seguridad social dista en grado sumo de la concepción contractualista del seguro privado, conforme a la cual las aportaciones realizadas son el factor determinante que permite proyectar la retribución compensatoria luego de un periodo de tiempo. En la seguridad social, por el contrario, el principio de solidaridad cumple un rol vital, de manera tal que las prestaciones que brinda dicho sistema no se pueden medir sobre la base individualista del cálculo de los aportes realizados por cada pensionista, sino, de un lado, sobre una base redistributiva que permita

---

[25] Cabe apreciar que el reconocimiento constitucional a entidades privadas que otorguen prestaciones pensionarias «*constitucionalizó*» el recientemente creado Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, en tanto que el precedente artículo 14° de la Constitución de 1979 (vigente hasta el 30 de diciembre de 1993) sólo admitía que una única entidad estatal tuviere a su cargo la atención de tales prestaciones de la Seguridad Social.

[26] En este punto consideramos que la existencia de una pensión mínima en el Sistema Privado sustentada en el Bono de Reconocimiento Complementario de Solidaridad financiado por el Tesoro Público no puede llevar a sostener válidamente que dicho Sistema sea uno de Seguridad Social, en tanto que ello sólo manifestará la «*solidaridad*» de todos los peruanos para con el Sistema Privado de Pensiones, más no la solidaridad que se encuentra presente en la Seguridad Social; esto es, la de sus participantes con ellos mismos. Situación conceptuada por Álvaro VIDAL BERMÚDEZ y Christian SÁNCHEZ REYES como inequitativa en términos sociales y de aplicación incorrecta del principio de solidaridad de la seguridad social en la sugerente ponencia presentada al Segundo Congreso Nacional de la SPDTSS, VIDAL BERMÚDEZ, Álvaro y SÁNCHEZ REYES, Christian, *Sistema Privado de Pensiones y Derecho a la Seguridad Social*, en *II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Arequipa, noviembre 2006, pp. 951-973.

[27] Joaquín APARICIO TOVAR con absoluta rotundidad lo expresa en una sola frase: «*No hay Seguridad Social privada*», en APARICIO TOVAR, Joaquín, «La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: Hacia el seguro y el asistencialismo, en *Revista de Derecho Social N° 19, julio-septiembre 2002*, Bomarzo, Albacete, p. 27.

elevar la calidad de vida del pensionista, y de otro, sobre pautas objetivas reveladoras de un estado de necesidad»[28].

Lo anteriormente expresado por el Tribunal Constitucional acarreaba, a nuestro entender, dos importantes conclusiones:

i) Constituyendo la pensión una de las prestaciones económicas más relevantes de la Seguridad Social, el Sistema Público de Pensiones tiene una presencia *reforzada* a nivel constitucional, encontrándose presente en los artículos 10° y 11° de la Constitución, gozando de pleno reconocimiento como garantía institucional, por lo que «(...) está blindada contra una reforma legislativa –incluso constitucional– que la anule o la vacíe de contenido»[29].

   Repárese que el Tribunal Constitucional expresaba en el pronunciamiento antes glosado la imposibilidad de eliminar del sistema jurídico al Sistema Público de Seguridad Social en Pensiones, incluso a través de una reforma constitucional, en tanto que el desarrollo del derecho a la pensión se enmarca dentro de una configuración político constitucional que reconoce al Estado peruano como un Estado democrático y social de derecho[30]. Con ello, tanto el legislador ordinario como el constitucional están obligados a preservar el Sistema Público de Pensiones.

ii) El *anclaje constitucional* del Sistema Privado de Pensiones se circunscribe a lo dispuesto por el artículo 11° de la Constitución, «(...) que reconoce la existencia de un sistema privado y otro mixto. Por lo que atañe al primero, es necesario que las reglas desiguales con respecto a los sistemas públicos se homologuen en cuanto a sus objetivos básicos: libre acceso y retiro, así como una pensión digna. Las políticas gubernamentales tienen tal desafío, sobre todo después del reconocimiento de la Superintendencia de Banca, Seguros y de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones»[31].

Apréciese que lo expresado por el Tribunal Constitucional va en la línea de exteriorizar la necesidad de supervisión que requiere el Sistema Privado

---

[28] Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 140.

[29] Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), último párrafo del fundamento 54.

[30] Y es que, como tiene señalado Joaquín APARICIO TOVAR, «(...) el Sistema de Seguridad Social es el núcleo o corazón del Estado social y democrático de derecho». APARICIO TOVAR, Joaquín, «*La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: Hacia el seguro y el asistencialismo*», p. 24.

[31] Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 69.

de Pensiones a través de la Superintendencia de Banca, Seguros y de AFP, a fin de constatar el eficaz funcionamiento del sistema a partir del reconocimiento del carácter alternativo de los Sistemas Público y Privado.

No obstante lo antes señalado, con el reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional, recaído en la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley N° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínimas y Complementarias y Régimen Especial de Jubilación Anticipada[32], se dio un radical cambio de criterio en relación a la calificación del SPP, en la medida que en esta ocasión, el TC lo reconoce como un sistema de seguridad social[33].

Sin perjuicio de lo anterior, en forma previa, corresponde analizar si la propia postulación constitucional que habilita la coexistencia en competencia de los Sistemas Público y Privado resulta siquiera viable o, si por el contrario, nos encontramos ante una deficiente formulación del constituyente a la luz de los propios principios informadores de la Seguridad Social. Nos referimos, en concreto, a la vinculación que podría existir entre la viabilidad a futuro del Sistema Público y la creación de un sistema alterno, el Privado, que socava sus propias bases de sostenimiento financiero[34].

Justamente a efectos de determinar si el agudo desequilibrio financiero del istema Público respondía a la concepción del modelo o a la introducción del alterno Sistema Privado, en el estudio que produjo el Informe Defensorial N° 99 *«El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y*

---

[32] En marzo de 2007 fue promulgada la Ley N° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínimas y Complementarias y Régimen Especial de Jubilación Anticipada, a través de la cual, entre otras disposiciones, se habilitó de forma legal el retorno de aquellas personas que estuvieron afiliados en el SNP y se trasladaron al SPP. Esta norma concibió dos supuestos por los cuales una persona podía regresar al SNP: (i) Haber alcanzado la titularidad de la pensión en el SNP antes de la afiliación al SPP (ii) El peligro en la vida o la salud del afiliado. Un grupo de Congresistas de la República interpone acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28991, pronunciándose el Tribunal Constitucional por la inconstitucionalidad parcial de la citada Ley en sentencia del 4 de mayo de 2009 (Expediente N° 00014-2007-AI/TC).

[33] Al respecto, véase lo señalado por Mariella Antola Rodríguez, *«El Sistema Privado de Pensiones y la «libre desafiliación» luego de la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley N° 28991"*, en *Revista de Análisis Especial de Jurisprudencia»*, Caballero Bustamante. (en prensa)

[34] Sobre la enorme trascendencia de la sostenibilidad financiera como criterio rector de la Seguridad Social en Pensiones cabe consultar la interesante ponencia presentada al Segundo Congreso Nacional de la SPDTSS por Fernando García Granara titulada «La sostenibilidad financiera en los regímenes de pensiones», en *II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Arequipa, noviembre 2006, pp. 855-887.

el Privado», se hicieron los cálculos respectivos[35] suponiendo un escenario contrafactual en el que no hubiera habido reforma y el Sistema Público siguiera siendo el único vigente. El resultado es absolutamente revelador: si el Público fuere el único del sistema, con la tasa de contribución vigente del 13%, asumiendo que los afiliados al Sistema Privado lo estuviera al Sistema Público, abonando regularmente sus cotizaciones; el Sistema Público arrojaría un superávit de 431 millones de nuevos soles[36], o alternativamente se pagarían pensiones que en promedio serían 32% superiores a las que actualmente paga el Sistema Público.

Como queda revelado del Informe Defensorial bajo comentario, lo ocurrido en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones es un efecto propio del paso de un sistema de transferencias intergeneracionales a un sistema en el que cada generación vela por si misma; en ese tránsito, hay una generación que queda sin sustento, y eso causa el déficit del Sistema Público[37].

Siendo ello así, la creación del Sistema Privado habría generado una *crisis estructural* en el Sistema Público pues el futuro del Sistema de Seguridad Social en Pensiones estaría condicionado a la mayor o menor afiliación al alterno Sistema Privado, impidiendo siquiera el desarrollo de una libre competencia entre ambos, pues el éxito del Privado generaría el fracaso del Público o, mejor dicho, su inviabilidad financiera. Justamente el desarrollo del Sistema Privado llevó a que el Sistema Público dependiera críticamente del financiamiento complementario del Tesoro Público, lo cual explica la progresión en la participación porcentual del Estado en el pago de las pensiones en el Sistema Público, siendo ésta de un crecimiento sostenido[38].

---

[35] A cargo del Eco. Pedro Francke Balve, profesor del Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú y uno de los consultores de la Defensoría del Pueblo en el desarrollo del estudio sobre cuyas bases se elaboró el Informe Defensorial N° 99.

[36] En el 2006, el Sistema Público recibía un subsidio del Tesoro Público de 2,020 millones de Nuevos Soles, pero al mismo tiempo el Sistema Privado con la cotización del 8% recibe 2,002 millones, que con una cotización de 13% se convertirían en 3,254 millones de nuevos soles. Por su parte el Sistema Privado pagó 769 millones de nuevos soles de beneficios. El cálculo no considera el costo administrativo, que es de cerca del 1%, tal como queda revelado en el Informe Defensorial N° 99 «*El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado*», p. 11. Para el año 2009 el Gobierno Nacional ha proyectado un subsidio al Sistema Público ascendente a 4,751 millones de nuevos soles (Resolución Jefatural N° 252-2008-JEFATURA/ONP del 29 de diciembre de 2008).

[37] Informe Defensorial N° 99 «*El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado*», p. 11.

[38] Resulta absolutamente gráfico apreciar que para poder pagar una pensión durante todo el tiempo que ésta deba otorgarse, el Estado asume el 58% del capital necesario en el régimen del Sistema Nacional de Pensiones. Durante el año 2003, el Estado financió el 72% de la pensiones en este régimen (Fuente: MEF, ONP).

Además, a efectos de no ahondar aun mas el desequilibrio financiero del Sistema, el Estado ha optado por mantener bajas las pensiones y establecer topes pensionarios reducidos, lo cual ciertamente desincentiva la afiliación al Sistema Público y acentúa su desequilibrio presupuestal.

Lo anterior revela que al crearse el Sistema Privado no se ponderó suficientemente el efecto que acarrearía la implementación de una relación alternativa entre éste sistema y el Público; generándose en el decurso del tiempo una omisión o inacción culpable cuando el Estado permite que se acentúen los defectos técnicos advertidos en el Sistema Público, máxime sí, como entendemos haber acreditado, el Sistema Público al ser el único de Seguridad Social no puede ser anulado ni vaciado de contenido, tal como clara y expresamente lo señalara el Tribunal Constitucional en la sentencia del 3 de junio de 2005.

En este sentido, no basta tener un ordenamiento normativo constitucional y legal que habilite la creación y desarrollo del Sistema Privado, sino que es necesario revisar las relaciones entre ambos sistemas y establecer mecanismos que permitan generar una visión integral de ambos sistemas.

La constatación de tal situación no debe llevarnos a proponer la eliminación del Sistema Privado –que en el tiempo transcurrido desde su implementación deben ponerse de manifiesto logros destacables y positivos para sus beneficiaros y el país en general[39]– sino mas bien buscar un modelo distinto a los actualmente vigentes que, armonizando la viabilidad jurídico constitucional del esquema que se proponga con sus fuentes de financiamiento, se constituya en una verdadera solución al actual desafío de la Seguridad Social en Pensiones: garantizar la subsistencia del sistema, con proyección al futuro y otorgando prestaciones suficientes.

V. HACIA EL FUTURO DEL SISTEMA DE PENSIONES EN EL PERÚ

En la concreción del rol atribuido a los sistemas de protección social de los regímenes de Seguridad Social, se deben considerar principalmente una serie de

---

[39] No puede soslayarse que entre sus varias virtudes el Sistema Privado ha reducido la posibilidad de un aprovechamiento público de los fondos previsionales como secularmente ha ocurrido en el alterno Sistema Público, además de haber reducido al mínimo la posibilidad de lobbies y grupos de presión que busquen beneficios contrarios a los intereses del sistema. Además, ha generado un fondo de recursos financieros que ha dinamizado el mercado de capitales y favorecido la inversión privada. La Asociación de AFPs ha informado que a fines del mes de diciembre de 2008 el fondo del Sistema Privado alcanzaba los S/. 49,380 millones, cifra que equivale al 56.81% del ahorro interno total y al 13.24% del PBI (Fuente: Página web de la Asociación de AFPs: http://www.asociacionafp.com.pe/).

factores que han sido determinantes para plantear la reforma del Sistema de Pensiones, como son: el factor demográfico[40], el factor social, el factor administrativo, y el factor económico.

Sobre este último punto, debe apuntarse a un financiamiento garantizado. Los recursos del sistema deben estar no sólo garantizados en cuanto a que su destino es el previsional sino que debe garantizarse contar con estos recursos. La fuente puede ser el propio asegurado, el Estado, la rentabilidad obtenida de la administración de estos fondos, u otras fuentes, pero en modo alguno no puede aceptarse la idea de un sistema desfinanciado. Las alternativas a plantear deben tener presente que existiendo un objetivo central en la reforma previsional como es el otorgamiento de pensiones dignas, existen otros objetivos[41] que no deben ser dejados de lado.

A nuestro entender, lo que el actual estadio de la llamada *cuestión pensionaria* demanda es estudiar la conveniencia de revisar, proponer e implementar un nuevo esquema pensionario en el que todos los trabajadores estén afiliados a ambos Sistemas, cotizando al Sistema Público bajo el esquema tradicional de reparto, el cuál garantizaría una pensión digna y homogénea; y al Sistema Privado bajo la modalidad de capitalización individual, en la que se otorgaría una pensión complementaria, siguiendo así las líneas matrices de la propuesta formulada por la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 99.

---

[40] Los sistemas de Seguridad Social deben responder a nuevos problemas demográficos tales como el envejecimiento de la población y la evolución de las estructuras familiares que tienen importantes consecuencias para la financiación de la protección social. Uno de los problemas fundamentales es que la mitad de la población mundial está excluida de cualquier tipo de protección social; una sociedad que envejece no tiene por qué enfrentar una crisis, siempre y cuando pueda proporcionar trabajo a su población activa que envejece. En los países latinoamericanos se podría obtener un mayor provecho de sus circunstancias demográficas actuales si pudiera contar con flujos de capital estables de largo plazo de los países más avanzados en su transición demográfica, que a su vez se beneficiarían con mayores rendimientos para su capital. Gradualmente los países de América Latina pasarían a tener una estructura de edades y una acumulación de ahorros semejante a la que hoy tienen los países desarrollados. Para más información ver BID, *Desarrollo más allá de la economía*. Progreso Económico y Social en América Latina, Informe 2000, Washington D.C., p.112.

[41] Según el Informe del Banco Mundial, «*Manteniendo la Promesa de la Seguridad de la Pensión de Jubilación en Latinoamérica*», entre otros objetivos de la reforma destacan: la sostenibilidad fiscal (para reducir las deudas y fomentar el ahorro), desarrollo de capitales (para lograr la eficiencia en la movilización de los recursos y con ello el crecimiento económico), incremento del bienestar social (que se lograría con un sistema multipilar), siendo uno de los fines principales, el aumento de la cobertura cuyo incremento ha sido lento en algunos países. Para más información, ver: http://www.worldbank.org/lacpensionsconf

Obviamente ambos Sistemas serían reformados, incorporando las modificaciones necesarias[42]. Este nuevo esquema permitiría un diseño único del Sistema sin posibilidades de una reversión que lo altere desde el punto de vista financiero y de proyección en el futuro, teniendo en cuenta que la base de tal proyección depende del mantenimiento de un número mínimo de aportantes que con la idea de la (permanente) libre afiliación y reversibilidad de la elección entre el Sistema Público y el Privado no puede garantizarse.

Esta propuesta es compatible con el modelo constitucional en Seguridad Social en tanto que el Estado a través del Sistema Público, con los aportes de todos los trabajadores, garantizaría el otorgamiento de una pensión mínima, complementándose con las pensiones que se concederían en el Sistema Privado; configurándose un esquema mixto o multipilar, reconocido con posible por el artículo 11° de la Constitución de 1993.

El modelo propuesto considera un primer pilar público que se exteriorizaría a través del otorgamiento de una pensión mínima digna como concreción del principio de igualdad subyacente en todo Sistema de Seguridad Social, complementado por un pilar privado que permitiría una mejor tasa de reemplazo para los trabajadores de ingresos medios y altos.

Como podemos ver, el enfoque propuesto se orienta a mejorar los sistemas actuales de protección social en pensiones, la cuál puede ser vista como una pieza clave y de convivencia solidaria, garante de la «*paz social*» y generadora de compromisos que aúnan de forma solidaria a los miembros de cada generación y a los de las distintas generaciones[43].

---

[42] Sería necesario que a partir de estas propuestas, se tomaran las siguientes iniciativas:
- Analizar la posibilidad de perfeccionamiento y consolidación del actual Sistema de Pensiones, de tal modo de hacerlo viable financieramente, a través de un Sistema Público de prestaciones económicas.
- Fomentar una revisión en clave restrictiva de la jubilación adelantada la cuál causa un claro perjuicio a la viabilidad del SNP.
- Perfeccionar el protagonismo del Estado a efectos de que analice de manera permanente las tendencias del sistema de pensiones y corrija las desviaciones que puedan producirse durante el funcionamiento del sistema.
- Incentivar la participación activa en el sistema pensionario de los aportantes y pensionistas.
- Otorgar información clara y detallada del sistema a todos los beneficiarios de éste.

[43] Alonso Olea, Manuel / Tortuero Plaza, José Luis, «Las Propuestas de Privatización de la Seguridad Social en Iberoamérica. La Situación en España», en *Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*, Secretaría General de la OISS, Madrid, 1998, p. 90.

PRECEDENTES CONSTITUCIONALES VINCULANTES EN MATERIA DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Leopoldo Gamarra Vílchez*

El objetivo de este artículo es hacer un examen de los precedentes constitucionales vinculantes en materia de pensiones de jubilación en el Perú; y está organizado en tres partes: en la primera parte se desarrolla los principales temas que sustentan el enfoque de la seguridad social en materia previsional para lo cual se hace un breve recuento de su desarrollo; la segunda, reseña los aspectos principales de los precedentes constitucionales vinculantes; en la tercera parte, se expone lo que se considera una crítica de los principales problemas que evidentemente constituyen verdaderos desafíos de los precedentes constitucionales vinculantes en materia de seguridad social.

1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

1.1. La seguridad social en materia de pensiones

La seguridad social en materia de pensiones constituye no sólo un seguro, donde se corresponden aportaciones actuales y prestaciones futuras; sino que también cumple una función redistributiva, en tanto es socialmente equitativo que a los que están en peor situación se les apoye para completar su ahorro o reciban prestaciones relativamente mayores a lo que aportaron[1]. Incluso en contextos como el

---

* Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la UNMSM

1 «La seguridad social es al mismo tiempo un programa de ahorro (forzoso) de cara a la jubilación, es decir un programa de seguros, y un programa de redistribución» (STIGLITZ, Joseph E., *La Economía del Sector Público*, 2ª ed., Universitat Pompeu Fabra, Antoni Bosch, 1998, p. 372).

peruano, se requiere considerar a todos los ciudadanos que no tienen ningún acceso a ninguno de los sistemas por razones de informalidad y pobreza.

La evidencia disponible en la literatura convencional acerca del comportamiento de los trabajadores, muestra de manera típica un grado de miopía[2], las personas libradas a su suerte, no hacen planes previsionales o no logran los niveles de ahorro suficientes (de cualquier tipo que este sea, y no sólo monetario) como para financiar el período en el cual no pueden seguir laborando sea porque les es imposible, sea porque no consiguen empleo; careciendo entonces de un ingreso estable para ese período. Además, los mercados privados no generan una cantidad del bien de pensiones en el número y el monto que la sociedad considere como suficientes y adecuadas (no son socialmente eficientes), en esas condiciones es que se puede identificar y señalar una falla de mercado[3].

En la medida que las personas no son previsoras, se justifica que la sociedad encuentre conveniente que el Estado intervenga obligando a los trabajadores a tener comportamientos previsionales. En ese sentido, las pensiones son un bien preferente[4], es decir, un bien que el propio Estado impone a los ciudadanos para su propio bienestar pero también teniendo en cuenta que una buena parte de los costos de que un individuo no haya comprado ese bien recae sobre los otros. Esta es una justificación para que exista un sistema de seguridad social, explica el derecho del Estado a obligar a la gente a comprar un seguro (ahorrando)[5].

1.2. Los sistemas de pensiones

Los sistemas contributivos de pensiones[6] que se financian a partir de las aportaciones de los trabajadores pueden diseñarse de dos maneras distintas de reparto o capitalización[7].

---

2 El Banco Mundial («Envejecimiento sin crisis», 1994) denomina «miopía» al hecho que es difícil que la gente joven pueda anticipar cuáles serán sus necesidades cuando sea mayor.

3 Hay que recordar que la literatura sobre seguridad previsional, fundamenta la existencia del sistema de pensiones en una «falla del mercado».

4 En literatura vinculada a políticas sociales también se encuentra la denominación «bien meritorio». Ver por ejemplo el texto de Luis de Sebastián, Participación por Contrato: La participación como mecanismo contractual en las políticas sociales, BID, 1997.

5 Stiglitz, Joseph E., *op. cit.* p. 365.

6 En los sistemas no contributivos, las pensiones son parte de la seguridad social. Ver el caso de Bélgica en La sécurité sociale en Belgique, Ministere Federal des affaires sociales de la sante publique et de l'environnement, 1998.

7 Existen también los sistemas de planes ocupacionales privados que son fondos de pensiones usualmente promovidos por los empleadores y/o por los propios beneficiarios, a los que el Estado otorga una serie de incentivos tributario. Los casos más conocidos en el mundo son los fondos de planes ocupacionales de Holanda, Inglaterra, Estados Unidos y Canadá.

1.2.1. El sistema de reparto

El sistema de reparto en la seguridad social, que busca ser universal y obligatorio, tiene beneficios definidos no vinculados actuarialmente a las aportaciones de los asegurados. En efecto, el nacimiento de la seguridad social se basó en un sistema de reparto como solidaridad intergeneracional; es decir, que las aportaciones de quienes están trabajando hoy día sirven para pagar la planilla de los actuales pensionistas beneficiarios[8]. Los beneficios se definen por la antigüedad o número de aportaciones a partir de una tasa de reemplazo de los últimos o mejores salarios de referencia; pero que sea de referencia no quiere decir que la tasa puede tener como resultado un ingreso igual o mayor a esos parámetros; por ello, los estudios actuariales resultan importantes, para determinar lo financieramente viable.

También hay algunas condiciones a considerar para la viabilidad del pacto en el tiempo: proporcionalidad entre aportes y pensiones en cada período(recalculando cotizaciones y pensiones, si fuera el caso); garantía de buena administración que haga posible el equilibrio en el tiempo (usando excedentes u otras fuentes para cubrir los déficit); una estructura de edades que permita que los aportes de los activos puedan financiar razonablemente a los jubilados, razonablemente definida; y una estructura de empleo amplia que facilite la recolección de los aportes (trabajadores con productividad significativa y formales donde la planilla sea un instrumento eficaz); y una cultura previsional en los ciudadanos e institucionalidad adecuada que la retroalimente.

Cualquier cambio drástico en ellas, afecta el equilibrio del sistema, más aún cuando dichas variaciones no son «transitorias» sino «permanentes». El Estado cumple un rol de garantía, sin embargo esta no puede ser ilimitada, pues un déficit estructural en un sistema previsional compromete gravemente las finanzas públicas y el conjunto de las obligaciones se ve comprometido[9].

---

[8] Como es claro el pacto intergeneracional es solamente la forma como se organiza el sistema, pero no suprime la necesidad ni debe esconder la percepción de que se ahorre obligadamente para el futuro. Es decir, en el sistema de reparto, las pensiones se deben financiar con las contribuciones pagadas con los trabajadores activos; pero, dada que éstas pueden no ser suficientes se requiere la transferencia del tesoro público provenientes de los impuestos pagados por todos.

[9] El pacto puede romperse si los jubilados de cada generación o tramos importantes de ella logran recibir, sucesivamente más de lo que efectivamente entregaron (intra generacionalmente), entonces se carga un peso adicional a la siguiente generación (por la vía de las cotizaciones o por la vía de los impuestos, cuando no por el de la deuda). También puede quebrarse si el comportamiento en la gestión no vigila adecuadamente estas necesarias proporcionalidades.

1.2.2. El sistema de capitalización

El sistema de capitalización surge en oposición y como critica al sistema de reparto. Desde la década 80[10], cuando el ritmo de las economías decayó a partir del incremento de los precios internacionales del petróleo, se empezó a cuestionar la seguridad social.

Entonces se dio esta otra forma de organizar el ahorro, cuando las personas capitalizan aportaciones y rendimientos sobre ellas para financiar sus pensiones de jubilación; es lo que se llama un «sistema de capitalización». En sentido estricto, la pensión que alguien percibe luego de una determinada edad, es resultado de lo que ha invertido (ahorrado), incluyendo los rendimientos capitalizados a lo largo de su vida.

En los sistemas de capitalización individual, se fijan las prestaciones sobre el saldo final disponible en la cuenta individual. El ejemplo emblemático del sistema de capitalización es el de Chile, en donde se creó este sistema en 1981. La reforma tuvo dos elementos básicos: el primero, se reemplazó el sistema de reparto por un sistema de capitalización. Este paso fue obligatorio sólo para aquellas personas que entraban por primera vez a la fuerza de trabajo (básicamente jóvenes), mientras que era voluntario para aquellos que se encontraban en la fuerza de trabajo antes de llevarse a cabo la reforma. Una persona en este último grupo podía decidir si cambiarse al nuevo sistema de capitalización o permanecía en el sistema antiguo, sus imposiciones y beneficios se regían de acuerdo a la reforma realizada en el sistema antiguo de reparto.

En segundo lugar, se eliminó la jubilación por años de antigüedad. Esta fue una reforma menor si se considera que en el sistema antiguo –antes de 1981– era bastante común jubilarse con 35 años de antigüedad. Esta posibilidad se eliminó en la reforma de 1981 para aquellos individuos que se mantuvieron en el sistema antiguo, fijando la jubilación a los 65 años.

Es decir, la reforma modificó totalmente las tasas de imposición y se extendió el horizonte de imposiciones para cada individuo. Y el Estado seguía cumpliendo su rol fundamental, pues sigue siendo responsable del funcionamiento del sistema, regula y supervisa a las administradoras de los ahorros, cumple papel re-distribuidor para quienes no alcanzan a ahorrar lo suficiente y tienen derecho a una pensión mínima.

---

[10] Durante los años 80, en los países desarrollados, se proponía la revisión del Estado de Bienestar. Así las victorias de Ronald Reagan y Margaret Tatcher, hicieron posible la consolidación del cuestionamiento mencionado.

1.3. La reforma en América Latina

1.3.1. El contexto económico e institucional

Uno de los aspectos del nuevo escenario mundial abierto por el proceso de globalización es la flexibilización del sistema productivo e institucional. Autores como Benjamín CORIAT y Robert BOYER consideran que la flexibilización es producto de una crisis económica profunda del modelo fordista[11]. Como también señala CASTELLS «el proceso de producción incorpora componentes producidos en muchos emplazamientos diferentes por empresas distintas y mercados específicos en una nueva forma de producción y comercialización: una producción de elevado volumen, flexible y personalizado»[12]. Esa producción posibilita a las empresas una disociación geográfica, dividiéndose en subconjuntos funcionales, adaptando la localización de cada unidad a funciones diferentes con el objetivo de reducir sus costos y aumentar su eficacia[13].

En cuanto a la flexibilización de las instituciones[14] la globalización de la economía provocó la crisis de algunas, especialmente del Estado de bienestar, y logró el ascenso de otras como del neoliberalismo. La crisis o cuestionamiento del Estado de Bienestar debe entenderse como la redefinición de las relaciones entre la oferta y la demanda, el control y un modelo de regulación que permita la recuperación económica de los trabajadores, la autonomía política de los asalariados y la intervención del Estado como un organizador del proceso.

El modelo en cuestión fue concebido como un mecanismo anticrisis: el objetivo era garantizar un bienestar mínimo a todos los ciudadanos. Su promotor fue KEYNES, quien era un ferviente partidario de la intervención del Estado en el desarrollo de las actividades económicas, especialmente cuando el empleo y los gastos empiezan a descender. Consideraba que era posible encontrar un nuevo equilibrio económico relativamente estable en la redefinición de las relaciones entre Estado y Economía[15].

---

[11] La crisis de los años 60 y 70 del fordismo fueron determinantes para el futuro de las relaciones capital-trabajo en el ámbito mundial. Al respecto ver LIPIETZ, Alain, *El padre y la madre de la riqueza: Trabajo y ecología*, Adec-ATC, Lima, 1995.

[12] CASTELLS, Manuel, *La era de la información*, t. I, Alianza editorial, Madrid, 1998, p. 120.

[13] Al respecto, ver BECK, Ulrich, *La Sociedad del riesgo*, Paidos, Barcelona, 1998.

[14] Ver DOUGLAS, Nort, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Capítulos I y VIII, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

[15] En efecto, se logró superar la crisis, se dio un mejoramiento salarial y éste se ató a la productividad. Entonces el Estado benefactor o asistencial o Estado Social de Derecho, sobre todo después de la segunda guerra mundial, creció y se multiplicó en los países industrializados. Solo así es posible entender el Estado Keynesiano y la Social democracia en los países Europeos que conforman la Unión Europea.

Sin embargo, ese modelo empezó a ser cuestionado a partir de la crisis del petróleo en los años setenta y acentuada en los años ochenta, sobre todo de economistas defensores de la libre circulación del capital, el libre mercado y la mínima intervención del Estado[16]. Así, en los años noventa se argumentó que el Estado genera gastos improductivos y se planteó retornar al Estado garante del libre mercado. Se sostiene que, en la medida que el Estado se haga a un lado, funcionará la economía; y el libre juego de las leyes de la competencia mediante el proceso de la privatización de empresas públicas. La ideología inspiradora de la reforma de la seguridad social en América Latina se basa en las medidas adoptadas en el Consenso de Washington (CW), para los países en desarrollo que salían de la crisis de la deuda externa y del período de industrialización por sustitución de importaciones(ISI)[17],[18]. Sin embargo, es discutible su aplicación[19].

1.3.2. Los modelos después de la reforma

Los desequilibrios macroeconómicos de la década 80, motivaron el diseño y la puesta en práctica de programas de estabilización y ajuste estructural en casi toda América Latina. Una vez lograda la estabilidad macroeconómica en el corto plazo, era necesario proceder a poner en marcha las reformas estructurales y en particular las reformas de las instituciones del Estado. De tal manera que la reforma de la seguridad social en América Latina incorporó el sistema de capitalización individual en reemplazo total o parcial de los de reparto[20].

---

16 Estos postulados han dado origen a la Escuela Económica que otorga al dinero un rol preponderante en las fluctuaciones económicas de ahí el nombre de doctrina monetarista. Su principal fundador es el economista norteamericano, Premio Nobel en 1976, Milton Fridman (1912).

17 BRESSEL PEREYRA, Luis Carlos, *Las Reformas Económicas en las Nuevas Democracias: Un enfoque social demócrata*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 32.

18 Samuel FISHER resume el contenido concreto del CW en cuatro principios de base: unos parámetros macroeconómicos sanos y estables, un Estado pequeño y eficiente, un sector privado muy eficiente y que se agrande cada vez más, énfasis en las políticas de reducción de la pobreza, área privilegiada de intervención estatal. Medidas que buscan acabar con los rasgos de las políticas desarrollistas en los países de América Latina e instaurar la soberanía de la economía de mercado (FISHERS, Samuel, en WILLIAMSON, John, *Latin America Adjustment: How has happened?*, J. Williamson Editor, Institution for International Economics, Washington DC, 1990, p. 26).

19 BURKI, Shahid Javed / PERRY, Guillermo E., *Más allá del consenso de Washington: la hora de la reforma institucional*, Estudios del Banco Mundial sobre América Latina y el Caribe, Washington DC, 1998.

20 Boletín Estadístico de la Asociación Internacional de organismos de Supervisión de Fondo de Pensiones (AIOS), Los regímenes de capitalización individual en América Latina, Número 11, junio de 2004, p. 2.

Estas experiencias se pueden clasificar en tres modelos o perspectivas más o menos definidas:

a) El modelo sustituto

Existe cuando el sistema público de reparto es cerrado y reemplazado con el régimen único de capitalización individual administrado por empresas privadas, con cotización fija (prima de equilibrio de largo plazo) a una cuenta cuyos recursos se invierten y cuyos rendimientos se capitalizan. La pensión es variable y depende del monto acumulado; la libertad de elección entre administradoras de fondos debe garantizar la competencia entre ellas. Los riesgos de la rentabilidad los asume el afiliado y el Estado asume el riesgo de que los afiliados que cumplen con requisitos de jubilación no alcancen a completar lo necesario para una pensión mínima.

El Estado asume con el presupuesto público, a los jubilados anteriormente y de quienes permanecen; también el complemento necesario de quienes no acumulen fondos individuales suficientes como para financiar una pensión mínima; emite bonos para reconocer aportes realizados al sistema anterior, garantiza rendimientos mínimos en caso de quiebra; y, finalmente financia pensiones asistenciales para indigentes. Chile[21], Bolivia, México y El Salvador son ejemplos; en estos dos últimos países, el asegurado puede elegir entre la pensión calculada según el sistema preexistente y la que se deriva del monto acumulado en su cuenta individual. También en el 2003 se reformó el sistema previsional en la República Dominicana optando por el modelo sustituto[22].

b) El modelo paralelo o dual

Se mantiene el sistema anterior pero ya no es la única alternativa; el sistema público es reformado gradualmente o al inicio, en parte o en todo, pudiendo contener capitalización colectiva parcial. El afiliado puede elegir entre los dos regímenes y los que están en el sistema de capitalización pueden cambiar libremente de administradora de fondos. Las preferencias entre uno u otro régimen, e incluso entre distintas administradoras dentro del mismo régimen, deben ponderar riesgos políticos y financieros en el tiempo, también valorar la calidad de la gestión; así mismo, en la elección pesan los incentivos propios al diseño institucional, que definen la movilidad. Perú y Colombia son los casos típicos[23].

---

[21] En 1980 el gobierno chileno inició la reforma radical que sustituyó el sistema público de pensiones por un sistema nacional de capitalización individual administrado por empresas privadas.

[22] Igualmente es el caso de Nicaragua, en donde se aprobó la reforma, por un modelo único, pero aún no implementado.

[23] El Perú fue el segundo país en la región, después de Chile, en crear un sistema privado de pensiones en 1992.

Como ambos sistemas compiten, la regulación y supervisión puede estar a cargo de una superintendencia en un contexto de autorregulación o en el marco de los reguladores públicos existentes para la banca y seguros.

c) El modelo mixto

Implica la reforma del sistema público y pasa a ser un componente que se combina con la del régimen de capitalización plena e individual. El sistema público reconoce una pensión básica (prestación definida) bajo un sistema de reparto y el de capitalización otorga un monto adicional sobre sus aportes voluntarios. Es decir, tiene dos componentes: un sistema público de reparto y beneficios definidos, y un sistema privado de capitalización individual, el cual se paga una pensión complementaria. Una parte de la cotización va al régimen público de reparto, que puede solventar una pensión básica y universal a los contribuyentes, la otra parte se incorpora a la cuenta individual una pensión complementaria.

Argentina[24], Uruguay, Costa Rica y Ecuador son el ejemplo. En estos casos se puede elegir por un sistema público integrado (con pensión complementaria pública por sistema de reparto) o por uno mixto (pensión complementaria fruto de la capitalización individual). En los dos primeros países, el Estado paga pensión asistencial en caso de indigencia y supervisa el sistema privado[25].

1.4. Las pensiones en el Perú

En el Perú existen distintos sistemas de pensiones: el público que es de reparto y que está normado a través del Decreto Ley 19990, Sistema Nacional de Pensiones, y el régimen del Decreto Ley 20530; los planes privados ocupacionales con determinada legislación, y el Sistema Privado de Pensiones de capitalización individual normado por el Decreto Ley 25897. Los planes privados ocupacionales más conocidos en el Perú son tres: la Derrama Magisterial, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, y la Caja de Pensiones Militar-Policial[26].

---

[24] Sin embargo, en el caso argentino, desde el 2004 hay un relanzamiento del régimen público de reparto.

[25] Se pueden señalar algunas constataciones de la viabilidad de un modelo mixto, tales como la cobertura global no parece haber aumentado, sigue acotada a los trabajadores dependientes del sector formal; más aún con mercados laborales volátiles e informatizados crecientemente.

[26] En 1979 la nueva Constitución incorporó en su texto el capítulo III «De la seguridad social, salud y bienestar», ubicado en el Título I de la misma, referida a los Derechos Fundamentales de la persona; en cambio, la Constitución de 1993 no surgió como un planteamiento nacional, sino a raíz del golpe del 5 de abril del año anterior, como resultado de una fuerte presión internacional que obligó al gobierno a plantear la necesidad de una Constitución.

1.4.1. El régimen del Sistema Nacional de Pensiones

El régimen del Sistema Nacional de Pensiones (SNP), normado por el Decreto Ley 19990 del 24 de abril de 1973, actualmente a cargo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP)[27], beneficia a los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, a los obreros y servidores públicos no incorporados al régimen del Decreto Ley 20530. Es un sistema de reparto en donde los trabajadores activos constituyen un fondo pensionario común que en el diseño original debería financiar sus futuras pensiones, es decir asumiendo el otorgamiento de prestaciones fijas, sobre contribuciones no-definidas, en valor suficiente para que la aportación colectiva de los trabajadores financie las pensiones.

Según la información de la ONP[28] se puede constatar que el financiamiento de las pensiones del SNP del DL 19990, procede fundamentalmente de recursos ordinarios, es decir de impuestos generales, lo cual representa el 5 % del Presupuesto Público y el 1 % del PBI. Es decir, las prestaciones al beneficiario no dependen de sus aportes proporcionalmente como se señala en la doctrina como un impuesto sobre la planilla, el cual tratarán de eludir tanto los empleadores como los trabajadores. Esto genera el problema de la informalidad[29]. Aunque la cifra de inscritos en el SNP del DL 19990 es algo más de 900 mil trabajadores[30] lo realmente relevante es la de aportantes y pensionistas[31].

1.4.2. El Decreto Ley N° 20530

El Decreto Ley N° 20530 fue promulgado el 26 de febrero de 1974, y tiene su origen en la Ley de Goces de 1850[32]. Esta Ley de cesantía, jubilación y montepío de Funcionarios y Empleados Públicos, se dio en «el Gobierno del mariscal Ramón Castilla el 22 de enero de 1850, en plena bonanza del guano, en virtud de la cual se concedió pensiones con cargo al tesoro público a un grupo muy reducido de funcionarios del Estado, como recompensa por los servicios prestados»[33], reconociendo pensiones vitalicias a cargo del Tesoro Público.

---

27 La ONP fue creada en mayo de 1994 por la Ley 26323 y por D. S. 061-95-EF se aprobó su Estatuto. Así, empezó a funcionar en enero de 1995, haciéndose cargo de la administración y SNP del D. Ley 19990, hasta entonces a cargo del IPSS.

28 Ver las Estadísticas en www.onp.gob.pe

29 Ver Rojas, Jorge, *El Sistema Privado de Pensiones y su rol en la economía peruana*, CIES, abril 2003. p. 51.

30 ONP, *Plan Estratégico Institucional 2004 - 2006*, p. 6.

31 Según el portal institucional de la ONP. Estadísticas de la ONP, para ver la serie se puede revisar www.onp.gob.pe

32 Ver BCRP, Regímenes de Pensiones a cargo del Estado; y, MEF – Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales, Informe Trimestral: Los Sistemas de Pensiones en el Perú, mayo de 2004.

33 Morales Corrales, Pedro, «Alcances de la Reforma Constitucional del Régimen pensionario del decreto Ley N° 20530», en *Revista Actualidad Jurídica*, t. 126, mayo 2004, p. 9.

Con los años, este régimen se fue ampliando, incluyendo más beneficiarios y mayores prestaciones[34]. No obstante, por Decreto Supremo del 11 de julio de 1962 se intentó unificar los regímenes de pensiones del sector público y del sector privado[35]. Se cerró el régimen de la Ley de Goces, dejando vigente sólo para servidores nombrados hasta el 11 de julio de 1962. Los trabajadores que ingresaran a la administración pública luego de esa fecha pasarían a cotizar a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado que, desde 1973, es el SNP sujeto al régimen del Decreto Ley No 19990. Sin embargo, éste no se extinguió y, por el contrario, fue creciendo debido tanto a las leyes posteriores que ampliaron el número de personas comprendidas y beneficios otorgados, como el reconocimiento de nuevos beneficios.

1.4.3. El Sistema Privado de Pensiones

El Sistema Privado de Pensiones (SPP) fue creado el 6 de diciembre de 1992, mediante el Decreto Ley N° 25897, con la finalidad de contribuir al desarrollo y fortalecimiento del sistema previsional en el país[36]. El SPP surge como una alternativa al Sistema Nacional de Pensiones (SNP), de tal forma que el trabajador pueda decidir si desea permanecer en el SNP o afiliarse al SPP.

Este sistema se sustenta en cuentas individuales de capitalización (CIC), lo cual se tomó como modelo el sistema chileno de capitalización individual. Es una cuenta personal que cada afiliado recibe al momento de ingresar el SPP y en la cual aporta determinada cantidad (similar a una cuenta bancaria de ahorros). Está conformada por la «Libreta de Capitalización AFP», donde se registran los movimientos y saldos de los aportes obligatorios y, de ser el caso, de los aportes con fin previsional, y por la «Libreta Complementaria de Capitalización AFP» en la cual se anotan los movimientos y saldos de los aportes sin fin previsional. Es decir, la CIC se encuentra conformada por los aportes del trabajador activo y el rendimiento obtenido de la inversión de los recursos. A diferencia del SNP, administrado por el Estado, el SPP está conformado por empresas llamadas Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones (AFP). Las AFP captan los aportes obligatorios de los trabajadores afiliados que luego invierten en el mercado de capitales,

---

[34] Este régimen fue diseñado como sistema de reparto y cerrado, para los trabajadores de la carrera pública del Decreto Legislativo 276, no incorporados al DL 19990. Se le conocía como «cédula viva» significando que cualquier incremento de remuneraciones públicas, arrastraba un aumento similar en las pensiones acordadas. Comprendía únicamente a los servidores públicos que se encontraban trabajando dentro de la carrera administrativa hasta el 11 de julio de 1962, aproximadamente unos 30 mil.

[35] Cabe señalar que desde el 12 de julio de 1962 se intentó cerrar este régimen, de manera que se extinguiera cuando falleciera el último beneficiario.

[36] Un documento muy importante es el especial, sobre el Sistema Privado de Pensiones, dirigido por APARICIO VALDEZ, Luis, en *la Revista Análisis Laboral*, vol. XXV, N° 283, enero 2001.

cuyos rendimientos son capitalizados en una cuenta individual, a fin que en el momento de jubilación el ahorro logrado financie una pensión de jubilación. Las AFP guardan una separación patrimonial con los fondos que administran.

Sin embargo, los costos hundidos de tipo endógeno como la propaganda han llevado a encarecer el servicio, debido que estos gastos constituyen la principal fuente de diferenciación ante una inexistencia de competencia de precios. Un sistema pensionario depende fundamentalmente de varios factores de orden estructural: la composición de edades (esperanza de vida), el funcionamiento de sus mercados laborales, el tamaño de la fuerza laboral activa y sus niveles de productividad y salario así como la cuantía de la cotización y la existencia efectiva de una planilla con beneficios sociales[37]. Además, las tendencias que operan en la economía corren en círculo perverso, pues si bien tenemos un relativo «envejecimiento en la población», al mismo tiempo tenemos una reducción en el empleo formal que aporta a los esquemas previsionales[38].

2. PRECEDENTES CONSTITUCIONALES VINCULANTES

2.1. Naturaleza de la jurisdicción constitucional

En general, en la doctrina constitucional, los órganos encargados de la constitucionalidad tienen una naturaleza binaria: jurídico y político. Así, en el caso peruano el Tribunal Constitucional ha señalado que «dada su condición de supremo intérprete sustenta la validez funcional de su actuación justamente en la naturaleza de la Constitución. Desde el punto de vista estructural y funcional, la Constitución es la norma que fundamenta el sistema jurídico y político...»[39].

---

[37] Además, los costos hundidos exógenos que significó el inicio de las operaciones de las AFP como son los gastos de instalación, estudios de mercado y de factibilidad, capacitación de los trabajadores, implementación de equipos, etc. Se calcula que los gastos de las 8 primeras AFP ascendieron a 150 millones de soles a diciembre de 1993, equivalente aproximadamente a 71 millones de dólares americanos de entonces (CHACALTANA, Juan / GARCÍA, Norberto / GALLARDO, José, *Los obstáculos a la expansión del sistema de pensiones en el Perú*, Red de políticas de empleo – CIES, Lima, marzo, 2002, p. 99). También puede verse el trabajo de Jorge Paz Panizo y Rafael Ugaz Vallena, Análisis del Sistema Privado de Pensiones desde un enfoque de los hundidos endógenos, CIES, marzo de 2003.

[38] Sobre el tema demográfico ver ARAMBURU / MENDOZA, «La Población Peruana Perspectivas y Retos», en *Economía y Sociedad 50*, noviembre 2003, CIES; y sobre las tendencias de informalización y avance de la temporalidad en el mercado laboral ver la sistematización de diversas fuentes para Lima, citadas en la exposición «Barreras Micro-económicas al crecimiento», de HAGGARTY, Luke, Banco Mundial, abril 2004 en el BCRP (www.bcrp.gob.pe).

[39] Expedientes N° 0050-2004 y otros AI/TC-2005, en el proceso de inconstitucionalidad seguido por los Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra la Ley N° 27600 de reforma constitucional.

En tal sentido, el elemento jurídico se plasma de dos modos: como regulador cuando se dirimen conflictos en general y como legislador «negativo» cuando se declara fundada una inconstitucionalidad. Y el elemento político «queda patentizada, en su esfuerzo para preservar el orden constitucional y los derechos y las libertades ciudadanas. En ese contexto opera como un poder moderador y corrector de los excesos o incurias funcionales de los poderes constituidos»[40].

Por otro lado, el Tribunal Constitucional peruano estableció también la tipología y los efectos de la jurisprudencia constitucional[41]. Así, se establece dos clasificaciones: la primera, comprende las sentencias de especie y de principio; la segunda, las sentencias estimativas que pueden ser de simple anulación, interpretativas propiamente dichas e interpretativas manipulativas, y las sentencias desestimativas que pueden ser por rechazo simple o por sentido interpretativo.

De la mencionada clasificación debemos resaltar las sentencias de principio que son las que determinan propiamente la jurisprudencia constitucional en tanto interpretan el alcance y el sentido de las normas constitucionales y constituyen los precedentes vinculantes[42]. Estas sentencias se refieren a temas relevantes para el país como interés colectivo para la convivencia pacífica.

2.2. Los Precedentes Constitucionales vinculantes

El precedente constitucional vinculante «es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga»[43]. De ahí la importancia de los precedentes en cuanto a los efectos que tienen similares a una ley. El propio Tribunal Constitucional peruano señala cuáles son los precedentes vinculantes en materia de pensiones[44]. Veamos el siguiente listado:

---

[40] García Toma, Víctor, «El Tribunal Constitucional: la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas - interpretativas (normativas)», en *Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 5, año 2005, pp. 17-18.

[41] Expediente N° 004 - 2004 - CC/TC, en el proceso de competencia entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo.

[42] Podemos citar varios casos: Expediente N° 0010-2002-AI/TC, en el proceso seguido contra los Decretos Leyes N° 25475, 25659, 25708 y 25880; Expediente N° 015-2001-AI/TC y Expediente N° 024-2001-AI/TC, en los procesos seguidos contra el Decreto de Urgencia N° 055-2001.0

[43] García Belaunde, Domingo, *Diccionario de Jurisprudencia Constitucional...*

[44] Por la importancia de los fundamentos podemos agregar al listado las siguientes sentencias:
- STC 0168-2005-PC, Caso Maximiliano Villanueva Valverde (Procedencia del proceso de cumplimiento) Fundamentos Vinculantes: 14, 15, 16 y 26 a 28.

- STC 1417-2005-PA, Caso Manuel Anicama Hernández (Amparo Provisional. Contenido esencial del derecho a la pensión). Fundamentos Vinculantes: 37 y 54 a 58.
- STC 5189-2005-PA, Caso Jacinto Gabriel Angulo (Ley 23098. Pensión mínima o inicial) Fundamentos Vinculantes: 5, 7 al 21.
- STC 9381-2006-PA, Caso Félix Vasi Zevallos (ONP - Bono de reconocimiento) Fundamentos Vinculantes: 9.
- STC 7281-2006-PA, Caso Santiago Terrones Cubas (Desafiliación de las AFP) Fundamentos Vinculantes: 27 y 37.
- STC 6612-2005-AA, Caso Onofre Vilcarima Palomino (Pensión Vitalicia. Pensión de invalidez. Enfermedad profesional) Fundamentos Vinculantes: 19 al 28.
- STC 10087-2005-AA, Caso Alipio Landa Herrera (Pensión vitalicia. Pensión de invalidez. Enfermedad profesional. Decreto Ley 18846. Ley 26790) Fundamentos Vinculantes: 20 al 29.
- STC 0061-2008-PA, Caso Rímac Internacional (Arbitraje voluntario y obligatorio del D.S. 003-98-SA. Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo) Fundamentos Vinculantes: 12, 15 y 18.
- STC 5430-2006-PA, Caso Alfredo de la Cruz Curasma (Pago de devengados e intereses) Fundamentos Vinculantes: 13, 14 y 15.
- STC 4762-2007-AA, Caso Alejandro Tarazona Valverde (Acreditación de Aportaciones) Fundamentos Vinculantes: 26.
- STC 2513-2007-PA, Caso Ernesto Casimiro Hernández Hernández. Fundamentos Vinculantes: 9, 11, 12, 14, 16, 17, 18, 21, 24, 26, 27, 29, 31, 34, 37, 40, 42, 45, 46, 48 y 49

2.3. Contenido de los Precedentes Constitucionales Vinculantes

2.3.1. Contenido esencial del derecho a la pensión

STC 1417-2005-PA (08.07.2005), caso Manuel Anicama Hernández.

Amparo contra la ONP para declarar Nulidad de Resolución, por considerar que ésta vulnera su derecho fundamental a la pensión al denegarle su solicitud de pensión de jubilación adelantada.

El TC considera que los derechos fundamentales pertenecen al ordenamiento constitucional vigente y deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú. Estas pretensiones que reclaman la aplicación de una determinada disposición que reconozca un derecho fundamental requieren que dicha pretensión sea válida y derive

directamente del contenido esencial de un derecho protegido por una disposición constitucional.

En ese sentido, el derecho fundamental a la pensión tiene la naturaleza de derecho social de contenido económico, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función de criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la 'procura existencial'.

Entonces, merece protección a través del amparo lo que forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión: las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social; las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión; aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un 'mínimo vital'; los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla; las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento en el acceso a prestaciones pensionarias que el sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido; la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate se encuentre suficientemente acreditada[45].

2.3.2. Procedencia del proceso de cumplimiento

STC 0168-2005-PC (29.09.2005), caso Maximiliano Villanueva Valverde. *Recurso extraordinario interpuesto contra la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa que declaró improcedente la demanda de cumplimiento interpuesta contra la ONP.*

Se establece que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad

---

- STC 2616-2004-AC Caso Amado Santillán Tuesta (Decreto Supremo N° 019-94-PCM y Decreto de Urgencia N° 037-94) Señala de forma general en el fundamento 14 que los fundamentos de la sentencia constituyen precedente vinculante, de conformidad con el artículo VII del Código Procesal Constitucional.
- STC 2877-2005-PA, Caso Luis Lagomarcino Ramírez (Recurso de Agravio Constitucional) (Ley 23098. Pensión mínima o inicial) Fundamentos Vinculantes: 15, 22, 24, 25, 28 y 31.

[45] Reglas procesales aplicables a las demandas de amparo improcedentes:
- serán remitidas al Juez Civil o Mixto quien a su vez remitirá el expediente al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo o en ausencia de éste se avocará al conocimiento del proceso, se tendrá por presentada y admitida la demanda contencioso

pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes: ser un mandato vigente; un mandato cierto y claro; no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; ser de ineludible y obligatorio cumplimiento e incondicional[46].

Es decir, el proceso de cumplimiento, no es el adecuado para discutir contenidos de normas generales que no se ajustan a los requisitos mínimos enunciados o normas legales superpuestas que implican una actividad interpretativa compleja. En este tipo de procesos el funcionario o autoridad público tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o el acto administrativo, y los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, así, comprobada la renuencia y el incumplimiento, corresponde amparar la demanda.

En el caso de los derechos pensionarios de orden legal, entre otros, los derivados de la Ley 23908, deberán ser conocidos en la vía contencioso administrativa. Así, las demandas de cumplimiento improcedentes deberán tramitarse por la vía específica para las controversias derivadas de las omisiones de la administración pública sobre materia pensionaria (proceso contencioso administrativo - vía sumarísima). No obstante, a pesar que determinadas pretensiones sobre la materia no puedan en el futuro ser ventiladas en sede constitucional, la judicatura ordinaria se encuentra vinculada por las sentencias en materia pensionaria expedidas por el TC.

---

administrativa, se otorgará un plazo razonable al demandante para adecuar la demanda, si éste no lo hiciera, se archivará el proceso;
- en los supuestos en los que en el expediente de amparo obre escrito en el que la Administración contradiga la pretensión del recurrente, el Juez del contencioso administrativo, no podrá exigir el agotamiento de la vía administrativa;
- cuando no sea posible verificar en los expedientes de amparo si la Administración se ha o no ratificado en torno a la supuesta validez del acto considerado atentatorio de los derechos previsionales que no configuran el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión los recurrentes deberán agotar la vía administrativa;
- es deber del Juez aplicar el principio de favorecimiento del proceso (admisibilidad de demanda en caso de impreciso marco legal sobre agotamiento de vía previa o en caso de duda razonable sobre procedencia de la demanda);
- es obligación del Juez recabar de oficio los medios probatorios que juzgue pertinentes, dado que la Administración o la entidad empleadora se encuentran en mayor capacidad de proveer al Juez los medios probatorios.

[46] Excepcionalmente el mandato podrá ser condicional, siempre y cuando la satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria. Para el caso de cumplimiento de actos administrativos, además se deberá reconocer un derecho incuestionable del reclamante y permitir individualizar al beneficiario.

2.3.3. Recurso de Agravio Constitucional

STC 2877-2005-PA (27.01.2006), Caso Luis Lagomarcino Ramírez.

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la resolución de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declara fundada la demanda de hábeas corpus de autos - conducta dolosa de juez demandado en perjuicio del demandante (art. 8° del CPCo).

Esta sentencia es importante para determinar la protección constitucional. En efecto, considerando que los pagos pensionarios se realizan no sólo sobre la base del monto de la jubilación correspondiente, sino que, además, pueden incluir los reintegros e intereses.

En la actualidad, la protección constitucional de intereses y reintegros ya no serán materia de control constitucional concentrado, sino que serán derivados a vía igualmente satisfactorias para la persona. Por lo tanto, tampoco podrán ser ya materia de un Recurso de Agravio Constitucional (RAC), pese a que en el pasado sí lo eran. El RAC en tanto recurso impugnativo dentro de un proceso constitucional debe ser utilizado como un mecanismo procesal especializado que permita que el TC intervenga convenientemente. Aparte de los requisitos formales se requerirá que el RAC planteado esté directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; que no sea manifiestamente infundado; y que no esté inmerso en una causal de negativa de tutela claramente establecida por el TC.

2.3.4. Pensión mínima o inicial

STC 5189-2005-PA (6.12.2005), Caso Jacinto Gabriel Angulo (Ley 23908).

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la resolución de la Primera Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín, que declaró improcedente la demanda de amparo contra la ONP.

Al establecer el nuevo criterio de aplicación de la Ley 23908, así como la vigencia, aplicación e interpretación de sus disposiciones, el TC señaló lo siguiente: la Ley 23908 modifica el D. L.19990 creando el concepto de *pensión mínima,* la que, independientemente de la modalidad y del resultado de la aplicación de los métodos de cálculo, se convirtió en el *monto mínimo* que correspondía a todo pensionista del SNP, salvo las excepciones previstas en la propia norma; la pensión mínima se estableció originalmente en un monto equivalente a tres sueldos mínimos vitales; pero, posteriormente se transformó en el Ingreso Mínimo Legal que, sólo a estos efectos, debe entenderse vigente hasta el 18 de diciembre de 1992; la pensión mínima del SNP *nunca fue igual a tres veces la remuneración de un trabajador en actividad;* más bien, se determinó utilizando como referente de cálculo el sueldo mínimo legal, que era uno de los 3 componentes de la remuneración

mínima de los trabajadores; el D.L. 25967, vigente desde 19.12.1992, modifica los requisitos del D.L. 19990 y sustituye el beneficio de la pensión mínima por el nuevo sistema de cálculo, resultando inaplicable la Ley 23908 a partir de su vigencia[47]; La pensión mínima regulada por Ley 23908 debe aplicarse a aquellos asegurados que hubiesen alcanzado el punto de contingencia hasta el 18.12.1992, con las limitaciones que estableció su artículo 3°, y sólo hasta la fecha de su derogación tácita por el D.L.25967.

Al crearse el SNP regulado por D.L.19990, se estableció que el monto de pensión de jubilación se determinaría efectuando el cálculo establecido en el artículo 73°. El monto resultante se denominó pensión inicial. Al respecto, el artículo 1° de la Ley 23908 estableció un beneficio con la finalidad de mejorar el monto de inicio –pensión inicial– de aquellas pensiones que resultasen inferiores a la pensión mínima legal. Es decir, si efectuado el cálculo establecido en el D.L.19990 se obtenía un monto inferior a la pensión mínima legal, se debía abonar ésta última.

En los casos en que se debió aplicar, conforme a ley, el beneficio de la pensión mínima legal, ésta equivalía y sustituía a la pensión inicial[48]. La disposición contenida en el artículo 1° de la Ley 23908, supuso el incremento de todas aquellas pensiones que al 8 de setiembre de 1984, eran inferiores al mínimo legal (equivalente a tres sueldos mínimos vitales). Consiguientemente, en dicha fecha la pensión mínima quedó establecida en S/. 216,000.00 soles oro (monto resultante de multiplicar tres veces el SMV, de S/. 72,000.00 soles oro, establecido por el D. S. 018-84-TR, del 1 de setiembre de 1984)[49].

---

[47] «Debe entenderse que todo pensionista que hubiese alcanzado el punto de contingencia hasta antes de la derogatoria de la Ley 23908, tiene derecho al reajuste de su pensión *en un monto mínimo equivalente* a tres sueldos mínimos vitales o su sustitutorio, el Ingreso Mínimo Legal, en cada oportunidad en que estos se hubieran incrementado, no pudiendo percibir un monto inferior a 3 veces el referente, en cada oportunidad de pago de la pensión, durante el referido período» (Criterio f de la aplicación de la Ley N° 23908, que se señala en la STC 5189-2005-PA). «A partir del 19.12.1992 resulta de aplicación el D.L.25967, que establece el nuevo sistema de cálculo para obtener el monto de la pensión inicial de jubilación del SNP, hasta que el D. Leg. 817, vigente a partir del 24.04.1996, establece nuevamente un sistema de montos mínimos determinados de las pensiones, atendiendo al número de años de aportaciones acreditadas por el pensionista» (Criterio g de la aplicación de la Ley N° 23908, que se señala en la STC 5189-2005-PA).

[48] La pensión mínima legal es la *base inicial mínima* a partir de la cual comienza la percepción de las pensiones de jubilación e invalidez beneficiadas con la aplicación de la Ley. Es decir, esta base inicial es aplicable sólo a aquellos pensionistas que, por los ingresos percibidos durante su actividad laboral, no alcancen, *por lo menos*, el monto de la pensión mínima legal.

[49] Como el monto de la pensión mínima regulada por Ley 23908 se determinaba en base a uno de los tres componentes de la remuneración mínima de los trabajadores (denominado SMV), durante su vigencia, su aumento o el aumento de sus sustitutorio (el Ingreso Mínimo Legal), suponía el aumento de la pensión mínima legal y, por tanto, el aumento de todas aquellas pensiones, que por efecto de dicho incremento, resultaran inferiores al nuevo monto mínimo de la pensión.

El beneficio de la pensión mínima legal establecido en la Ley 23908 no resulta aplicable a los pensionistas que hubieren percibido montos superiores al mínimo legalmente establecido en cada oportunidad de pago. Conforme al artículo 3° de la Ley 23908, el *beneficio* de la pensión mínima legal no fue aplicable para: a) Las pensiones que tuvieran una antigüedad menor de un año, computado a partir de la fecha en que se adquirió el derecho a la misma, pensiones que se reajustarán al vencimiento del término indicado; y, b) Las pensiones reducidas de invalidez y jubilación a que se refieren los artículos 28° y 42° del D.L.19990, así como a las pensiones de sobrevivientes que pudieran haber originado sus beneficiarios, las que se reajustarán en proporción a los montos mínimos establecidos y al número de años de aportación acreditados por el pensionista causante.

El TC reafirma que el reajuste establecido en el artículo 4° de la Ley 23908 se encuentra condicionado a factores económicos externos y al equilibrio financiero del SNP, y que *no se efectúa en forma indexada o automática*. Asimismo, que ello fue previsto desde la creación del SNP y posteriormente recogido por la 2ª DFT de la Constitución de 1993, que establece que el reajuste periódico de las pensiones que administra el Estado se atiende con arreglo a las previsiones presupuestarias.

2.3.5. ONP y Bono de reconocimiento

STC 9381-2006-PA (26.06.2006), caso Félix Vasi Zevallos.

Recurso extraordinario interpuesto contra la resolución de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de amparo contra la ONP.

La STC señala que es obligación del Estado, a través de la ONP, supervisar y efectuar correctamente el traslado de las aportaciones de los ciudadanos del sistema público al privado o viceversa, toda vez que por la información con la que cuenta, la ONP es la entidad que tiene mejor capacidad para determinar cuál es el bono de reconocimiento que le corresponde a cada persona, tal como lo reconoce el artículo 1° del D. S. 180-94-EF.

En consecuencia a lo expuesto, el TC establece como precedente vinculante las reglas contenidas en el fundamento 9 de la presente sentencia:

- Regla procesal: El TC puede establecer un precedente vinculante cuando la ONP, en el procedimiento de evaluación del bono de reconocimiento, no puede rechazar el pedido de determinación del valor nominal del bono recurriendo a pretensos impedimentos para acceder a tal solicitud.
- Regla sustancial: Queda expedito el derecho de los administrados para que en la ONP se pueda reconocer los meses de aporte al SNP, hayan o

no estado detallados en la solicitud presentada para la determinación del bono de reconocimiento[50].

2.3.6. Desafiliación de las AFP

STC 7281-2006-PA (31.04.2007), caso Santiago Terrones Cubas.

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la resolución de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declara infundada la demanda de amparo contra la AFP Profuturo.

El TC considera menester establecer, precedente vinculante referido a la falta o insuficiencia de información como causal de desafiliación bajo la siguiente regla[51]: «El TC establece que el Estado protege a los usuarios ante la falta de información o la insuficiencia de la misma (Art. 65° de la Constitución); por lo que constituye un supuesto jurídico legítimo para que se pueda dar inicio al trámite de desafiliación de una determinada AFP. En consecuencia, las demandas en trámite, tanto ante el Poder Judicial como ante este Colegiado, deberán ser remitidas a la autoridad administrativa correspondiente, a fin de que se inicie el procedimiento de desafiliación».

Además, el TC considera necesario establecer como precedente vinculante que «el procedimiento a ser utilizado en el trámite de desafiliación debe ser el que el Reglamento de la Ley 28991 determine; mientras ello suceda, será de aplicación supletoria el procedimiento previsto en el artículo 52° de la Resolución 080-98-EF-SAFP, y teniendo en cuenta lo señalado e los fundamentos 32 a 36 de la presente sentencia»[52].

2.3.7. Pensión vitalicia, pensión de invalidez, enfermedad profesional

STC 6612-2005-AA (18.12.2007), Caso Onofre Vilcarima Palomi N°

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, que declara fundada la excepción de arbitraje e improcedente la demanda de amparo contra la Aseguradora Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros.

---

[50] Por ello, la Resolución Jefatural 029-98-JEFATURA/ONP debe ser inaplicada por inconstitucional por la ONP, toda vez que afecta el derecho fundamental al debido proceso de los administrados.

[51] La regla procesal es la misma en todas las sentencias: «El TC, en virtud del artículo 201 de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad de establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo».

[52] Se refiere a los mecanismos asociados al proceso de desafiliación como la solicitud y el otorgamiento de pensión por parte de la ONP luego de obtenida la desafiliación del SPP.

STC 10087-2005-AA (18.12.2007), caso Alipio Landa Herrera

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, que declara improcedente la demanda de amparo contra la Aseguradora Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros.

En las dos sentencias el TC establece como regla procesal general que dicha institución tiene la facultad de establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo. De esta manera podemos señalar los precedentes vinculantes:

Prescripción de la pensión vitalicia

El TC establece que no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.

Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del Decreto Supremo 002-72-TR

El TC establece que no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del D. L. 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta su salud durante el desempeño del trabajo como obrero. Asimismo debe señalarse que los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñaban como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del D. L. 19990 que en su inciso d) del artículo 25° señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29° del D. S. 011-74-TR.

Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional

El TC establece que en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26° del D.L.19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el certificado médico de invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y

administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas y el propio solicitante.

Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración

El TC establece que en el caso de la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, las reglas sustanciales son que: a) Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración. b) Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración. c) Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración. Asimismo en el caso de invalidez de la Ley 26790, las reglas son que: a) Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración. b) Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración. c) Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración[53].

Nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional. El TC establece que en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del D.S. 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerósenos. Asimismo se establece que: para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, la relación de causalidad en este enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido.

---

[53] Del mismo modo el TC establece como regla sustancial que: ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al D.L. 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al D.L. 19990 o a la Ley 26790. Asimismo ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115° del D.S. 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

Inversión de la carga de la prueba

El TC establece que en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos referidos (de control anual y de retiro), para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un ex trabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.

2.3.8. Arbitraje del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo

STC 0061-2008-PA_(28.01.2008), caso Rímac Internacional.

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. contra la Resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.

El TC con la sentencia mencionada establece varios Precedentes vinculantes sobre el arbitraje en el SCTR en los dos temas que pasamos a desarrollar:

Sobre el arbitraje obligatorio previsto en el artículo 9° del D.S. 003-98-SA señala que «cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al D.S. 003-98-SA y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral que tenga como fundamento el artículo 9° del D.S. 003-98-SA, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible, y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter indisponible para las partes».

Sobre el arbitraje voluntario, previsto en el artículo 25° del D.S. 003-98-SA, también se plantean que «para que al arbitraje voluntario sea constitucional, en el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron sobre las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud», que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia

y los precedentes vinculantes establecidos por el TC, que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial; que contra el laudo arbitral caben los recursos que prevé la Ley General de Arbitraje».

2.3.9. Pago de devengados e intereses

STC 5430-2006-PA (24.09.2008), caso Alfredo de la Cruz Curasma.

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declara fundada en parte la demanda de inaplicación de Resolución de ONP y en consecuencia otorgamiento de pensión de jubilación minera conforme a la Ley 25009.

El Tribunal, en ejercicio de su función ordenadora y pacificadora, conviene en precisar el precedente que determinó la improcedencia en la vía constitucional de las pretensiones sobre pago de intereses y derivados (STC 2877-2005-HC fundamento 15.d), en los términos que a continuación se indican: «Procederá demandar en la vía constitucional el pago de las pensiones devengadas, reintegros e intereses, siempre y cuando la pretensión principal esté vinculada directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión –acceso o reconocimiento, afectación del derecho al mínimo vital, tutela de urgencia o afectación del derecho a la igualdad con referente válido– delimitado por este Tribunal en el fundamento 37 del Caso Anicama» (STC 1417-2005-PA).

En consecuencia, se establecieron las siguientes reglas:

Reconocimiento de la pensión de jubilación o cesantía

«Quien se considere **titular** de una pensión de jubilación o invalidez de cualquiera de los regímenes previsionales existentes, podrá recurrir al amparo para demandar el **reconocimiento** de la pensión, el consiguiente pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros) y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional deberá ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio *iuria novit curia*, se deberá ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional».

Reconocimiento de la pensión de sobrevivientes

«Quien se considere **titular** de una pensión de **sobrevivientes** (viudez, orfandad o ascendientes) de cualquier régimen previsional, podrá recurrir al amparo para demandar el reconocimiento de la pensión, el consiguiente pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros), derivados de su pensión, y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del

Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional *deberá* ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio *iuria novit curia*, se *deberá* ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional».

Afectación al mínimo legal o necesidad de tutela urgente

«Los **titulares** de una pensión de jubilación, invalidez o sobrevivientes de cualquier régimen previsional, podrán interponer un amparo, cuando se acredite una **afectación al derecho al mínimo vital o la necesidad de tutela urgente**, en los términos del fundamento 37.c) del Caso Anicama, y solicitar la restitución de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros), derivados de su pensión, y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional **deberá** ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio *iuria novit curia*, se **deberá** ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional».

Procedencia del RAC para el reconocimiento de devengados e intereses

«Cuando en **sede judicial** se haya estimado una pretensión vinculada al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión *acceso o reconocimiento, afectación del derecho al mínimo vital, tutela de urgencia o afectación del derecho a la igualdad con referente válido*– delimitado por este Tribunal en el fundamento 37 del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA) y **no se hubiere ordenado** el pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros) y/o los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil, este Tribunal, en atención al principio de economía procesal previsto en el artículo III del Código Procesal Constitucional, conocerá el RAC para ordenar su pago; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional».

2.3.10. Acreditación de Aportaciones

STC 4762-2007-AA (22.09.2008), caso Alejandro Tarazona Valverde.

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, que declara infundada la demanda de amparo contra la ONP solicitando inaplicación de Resolución de ONP y en consecuencia otorgamiento de pensión de jubilación conforme al artículo 47° del Decreto Ley 19990.

Cuando en los procesos de amparo la dilucidación de la controversia conlleve el reconocimiento de periodos de aportaciones, que no han sido considerados por la ONP, para que la demanda sea estimada los jueces y las partes deben tener en cuenta las siguientes reglas:

El demandante con la finalidad de generar suficiente convicción en el juez de la razonabilidad de su petitorio puede adjuntar a su demanda como instrumento de prueba, los siguientes documentos: certificado de trabajo, las boletas de pago de remuneraciones, los libros de planillas de remuneraciones, la liquidación de tiempo de servicios o de beneficios sociales, las constancias de aportaciones de ORCINEA, del IPSS o de EsSalud, entre otros documentos. Dichos instrumentos pueden ser presentados en original, copia legalizada o fedateada, mas no en copia simple. El Juez, de oficio o a pedido del demandante, podrá solicitar el expediente administrativo a la ONP o copia fedateada de él, bajo responsabilidad.

La ONP, cuando conteste la demanda de amparo, tiene la carga procesal de adjuntar como medio probatorio el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste[54]. Ello con la finalidad de poder determinar con certeza si la denegación de otorgamiento o el desconocimiento de un mayor período de aportaciones ha sido arbitraria o se encuentra justificada. Y es que, si se está cuestionando la presunta violación del derecho a la pensión, corresponde que la autoridad jurisdiccional tenga a la vista los mismos actuados o, cuando menos, los documentos presentados ante la autoridad administrativa, y aquellos en los que dicha autoridad funda su pronunciamiento, a fin de determinar si se produjo o no la violación alegada.

No resulta exigible que los jueces soliciten el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, cuando se está ante una demanda manifiestamente fundada. Para estos efectos se considera como una demanda manifiestamente fundada, aquella en la que se advierta que la ONP no ha reconocido periodos de aportaciones que han sido acreditados fehacientemente por el demandante bajo el argumento de que han perdido validez; que el demandante ha tenido la doble condición de asegurado y empleador; y que según la Tabla Referencial de Inicio de Aportaciones por Zonas, establecida por el antiguo Instituto Peruano de Seguridad Social, en esa zona aún no se empezaba a cotizar[55].

---

[54] La carga procesal de adjuntar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, es aplicable a los procesos de amparo en trámite cuando los jueces lo estimen necesario e indispensable para resolver la controversia planteada.

[55] Contrariamente no resulta exigible que los jueces soliciten el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, cuando se está ante una demanda manifiestamente infundada. Para estos efectos, se considera como una demanda manifiesta-

STC 2513-2007-PA (13.10.2008), caso Ernesto Casimiro Hernández.

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, que declara fundada la excepción de arbitraje e improcedente la demanda de amparo contra la Aseguradora Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros

En este caso, el Tribunal Constitucional reitera su precedente vinculante consistente en que: «no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.° 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible».

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado, siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley N.° 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero.

Asimismo, se reitera como precedente vinculante que los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley N.° 19990 que en su inciso d) del artículo 25.° señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29.° del Decreto Supremo N.° 011-74-TR.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional establece como precedente vinculante que en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.° 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley N.° 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26.° del Decreto Ley N.° 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el examen o dictamen médico de

---

mente infundada, aquella en la que se advierta que el demandante solicita el reconocimiento de años de aportaciones y no ha cumplido con presentar prueba alguna que sustente su pretensión; cuando de la valoración conjunta de los medios probatorios aportados se llega a la convicción de que no acreditan el mínimo de años de aportaciones para acceder a una pensión de jubilación; o cuando se presentan certificados de trabajo que no han sido expedidos por los ex empleadores sino por terceras personas.

incapacidad o invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas, y el propio solicitante[56].

Finalmente, con relación a la percepción simultánea de pensión vitalicia y pensión de invalidez, ha de reiterarse como precedente vinculante que: «ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley N° 19990 o a la Ley N° 26790». Asimismo, «ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115° del Decreto Supremo N° 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales»[57].

En el caso de las enfermedades profesionales originadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos, precisa su ámbito de aplicación y reitera como precedente vinculante que «en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis

---

[56] En este sentido, con relación a la percepción simultánea de pensión vitalicia y remuneración, el Tribunal reitera como precedente vinculante que:
- Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración.
- Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración.
- Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración.

Asimismo, con relación a la percepción simultánea de pensión de invalidez y remuneración, también reitera como precedente vinculante que:
- Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración.
- Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración.
- Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.

[57] Por ello, se establece como nuevo precedente vinculante que: «La percepción del subsidio de incapacidad temporal otorgado por ESSALUD, no será exigible como condición previa al otorgamiento de la pensión de invalidez del SCTR, cuando el vinculo laboral del asegurado haya concluido, se determine que padece de una enfermedad profesional irreversible, y que esta, ha tenido su origen en la actividad de riesgo que desarrollaba». En el caso de accidentes de trabajo, se aplicará la misma regla cuando las secuelas del accidente producido durante la relación laboral, se presenten luego del cese. Por lo tanto, el Tribunal reitera

y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad en el caso de los trabajadores mineros que laboran en minas subterráneas o de tajo abierto, se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo N.° 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos».

Por lo tanto, el Tribunal establece como nuevo precedente vinculante que «procede el reajuste del monto de la pensión vitalicia del Decreto Ley N° 18846 cuando se incremente el grado de incapacidad, de incapacidad permanente parcial a incapacidad permanente total, o de incapacidad permanente parcial a gran incapacidad, o de incapacidad permanente total a gran incapacidad». Asimismo, procede el reajuste del monto de la pensión de invalidez de la Ley N.° 26790 cuando se incremente el grado de invalidez, de invalidez permanente parcial a invalidez permanente total, o de invalidez permanente parcial a gran invalidez, o de invalidez permanente total a gran invalidez[58].

En este sentido, este Tribunal reitera como precedente vinculante que cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.° 26790 y al Decreto Supremo N° 003-98-SA, y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral que tenga como fundamento el artículo 9.° del Decreto Supremo N° 003-98-SA, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible, y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto

---

como precedente vinculante que: «en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos de control anual y de retiro, para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un extrabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante».

[58] El Tribunal reitera como precedente vinculante que «los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.° 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley N.° 18846 ni a sus sustitutoria, la pensión de invalidez de la Ley N.° 26790, debido a que ambas prestaciones se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes».

afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes[59].

Por lo tanto, el Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: la fecha en que se genera el derecho, es decir, la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley N.° 18846 o pensión de invalidez de la Ley N.° 26790 y sus normas complementarias y conexas.

3. CRÍTICA DE LOS PRECEDENTES VINCULANTES EN MATERIA DE PENSIONES

Cabe en este punto formular un enjuiciamiento crítico de los precedentes vinculantes del TC peruano en materia de seguridad social. Para ello, hemos agrupado, con un criterio temático y temporal, tres grandes tendencias en el quehacer del TC respecto de la materia previsional, las cuales son: la introducción del derecho al mínimo vital (constitucionalismo de la pobreza), criterios para la movilidad en el sistema previsional y la inserción de la díada trabajo-riesgo.

Respecto de la primera tendencia, derecho al mínimo vital (constitucionalismo de la pobreza), lo que busca el TC es una delimitación del contenido esencialmente protegido relativo al derecho a la pensión, vinculado exclusivamente al Sistema Nacional de Pensiones (SNP), así también se establecen criterios para el pago de devengado e intereses generados por el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 23908 como parte conformante del referido contenido protegido. Finalmente, esta tendencia se configura entre julio y diciembre de 2005.

---

[59] En este sentido, para que el proceso arbitral instaurado de manera voluntaria sea constitucional, debe reiterarse como precedente vinculante que «en el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron:
- Las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.
- Que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- Que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial.
- Que contra el laudo arbitral cabe el recurso que prevé la Ley General de Arbitraje.
- El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada o por la Oficina de Normalización Previsional y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él».

El derecho al mínimo vital es un criterio jurisprudencial conformante de la doctrina del *constitucionalismo de la pobreza* de la Corte Constitucional de Colombia. Las características principales de esta doctrina son: el acogimiento de las demandas de justicia constitucional para los derechos de prestación y los colectivos, tomando en cuenta un contexto social de pobreza; la visibilización de la función de los derechos prestacionales como condición para la libertad; y ser un instrumento al servicio de una justicia material mínima[60].

Específicamente en el caso del derecho al mínimo vital, como criterio jurisprudencial del *constitucionalismo de la pobreza*, la Corte Constitucional ha señalado:

«Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital –derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario–, es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa (...) busca garantizar la igualdad de oportunidades y la nivelación social en una sociedad históricamente injusta y desigual, con factores culturales y económicos de grave incidencia en el *déficit social* (...) el derecho a un mínimo vital, no otorga un derecho subjetivo a toda persona para exigir, de manera directa y sin atender a las especiales circunstancias del caso, una prestación económica del Estado. Aunque de los deberes sociales del Estado se desprende la realización futura de esta garantía, mientras históricamente ello no sea posible, el Estado está obligado a promover la igualdad real y efectiva frente a la distribución inequitativa de recursos económicos y a la escasez de oportunidades»[61].

La recepción por parte del TC de la doctrina colombiana implica una regulación delimitatoria de las pretensiones justiciables que podrían tener amparo por la vía de la jurisdicción constitucional. No hay la posibilidad aquí de ampliación del margen de protección, sino más bien una tendencia a su restricción y ajuste. A diferencia del caso colombiano con la tutela como válvula de escape frente a la «reforma de golpe» de sus sistema de seguridad social. Igualmente, en condiciones de pobreza, la relación e incidencia recíproca entre los diferentes tipos de amparo peruano que sólo busca evitar el embalse de pretensiones ligadas a la precariedad de un Sistema de Pensiones Público desfinanciado, desacreditado y obligado a competir con el Sistema Privado desde hace más de quince años. Los alcances modestos de la incorporación de uno de los criterios

---

[60] Cifuentes, Eduardo, «La Acción de Tutela: El Constitucionalismo de la Pobreza», en *Lecturas Constitucionales Andinas N° 3*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, p. 127.

[61] Sentencia de Tutela 426 de 1992, Cfr. por Cifuentes, Eduardo, *op. cit.*, p. 121.

jurisprudenciales del *constitucionalismo de la pobreza*, como lo es el derecho al mínimo vital –los otros tres criterios son: el derecho fundamental como categoría abierta, la conexidad y la protección a desvalidos– sirven en el caso peruano, como un factor de regulación de un escenario post reforma del sistema pensionario en términos de cierre del sistema.

Hay una vinculación en el caso colombiano entre la satisfacción del interés económico, financiero y administrativo máximo como principal objetivo de la reforma de su sistema de seguridad social –a través de la Ley 100 de 1993– y la judicialización de los derechos prestacionales. Las reformas introducidas en el Perú hasta ahora no han ostentado esa radicalidad por lo que, salvo bolsones de pretensiones ligadas al pago de devengados o intereses ligados a determinado régimen legal previsional, no es de esperar que una tendencia a una mayor judicialización vinculada a las prestaciones de la seguridad social vaya a concretarse en nuestro país. Así, un criterio jurisprudencial como el del mínimo vital que supone un activismo judicial profuso tendente a suplir las graves inequidades de un sistema como el colombiano, deviene en un mecanismo conservador y garante del statu quo en el caso de las «tibias reformas» del sistema de seguridad social peruano

En el caso de la segunda tendencia relacionada con la movilidad en el sistema previsional, las sentencias del TC peruano se circunscriben más bien a aspectos procedimentales y al establecimiento de cierto equilibrio en un sistema pensionario dual como el peruano Las precisiones que hace el TC acerca de la calificación de requisitos de la solicitud de otorgamiento del Bono de Reconocimiento para posibilitar el traslado del Sistema Nacional de Pensiones (de reparto) al Sistema Privado de Pensiones (de capitalización), confirman dicho aserto. La sentencia atinente a la desafiliación del sistema privado para trasladarse al sistema público es emitida luego que se aprobara la Ley 28991, siendo que el *iter* legislativo previo a la aprobación de la referida Ley comprende aproximadamente un quinquenio, durante el cual se aprecia aun TC cauto, poco proactivo y a la espera de la concreción de la iniciativa legislativa. La temporalidad de dicha tendencia se verificó entre junio de 2006 y abril de 2007.

Finalmente, en el caso de la tercera tendencia de inserción de la díada trabajo - riesgo, el TC peruano se contrae nuevamente a aspectos procedimentales, vinculados a los efectos de la certificación de invalidez, la valoración negativa de la excepción de arbitraje en materias vinculadas con la enfermedad profesional, así como una mayor especificidad respecto de las pretensiones vinculadas a los regímenes que se han sucedido en el tiempo sobre las enfermedades profesionales: el D. L. 18846, que otorgaba pensión vitalicia, y la Ley 26790, que establece la pensión de invalidez ligada al seguro complementario de trabajo de riesgo (SCTR). El TC peruano no explora la doctrina de la OIT acerca de los

Riesgos en el Trabajo, cuya tendencia es más holística e integral respecto de las enfermedades en contextos laborales. No hay tampoco mayor desarrollo acerca de la tríada *incapacidad* - tradicionalmente vinculada a la esfera del derecho civil y penal - *discapacidad* - vinculada a cuestiones administrativas y del derecho a la salud - *invalidez* - de alcance prestacional y provisional -, de gran impacto en el escenario de la cobertura de contingencias y las prestaciones efectivas del sistema de seguridad social en materia de pensiones, salud y riesgos en el trabajo.

El balance de los precedentes vinculantes del TC es de un desarrollo incipiente en cuanto a la protección en materia previsional, una tendencia procedimentalista respecto de cuestiones clave en el nivel sub sistémico y de interrelación de los subsistemas (público y privado), y precisiones acerca de la naturaleza y el alcance prestacional de los regímenes vinculados a los riesgos en el trabajo –para el caso peruano bajo la denominación acotada y restrictiva de trabajos de riesgo–.

Primer Encuentro Peruano Chileno

Tema N° 2

Poder de Dirección y Derecho a la Intimidad y Privacidad del Trabajador

PONENCIAS OFICIALES

PODER DE DIRECCIÓN Y DERECHO A LA INTIMIDAD Y PRIVACIDAD DEL TRABAJADOR

Carlos Blancas Bustamante*

1. PODER DE DIRECCIÓN Y PODER DE CONTROL

El poder de dirección del empleador comprende la facultad de fiscalizar y controlar la actividad del trabajador. En efecto, la doctrina considera que el poder de control es una de las manifestaciones «más relevantes y también más conflictivas del poder de dirección»[1] y consiste en «la facultad de emplear los medios necesarios para comprobar que el trabajador ha cumplido sus obligaciones»[2]. Se le considera, por ello, como un instrumento del poder de dirección del empleador, un «elemento inescindible del poder directivo empresarial» dotado, por tanto, del mismo margen discrecional que se reconoce a éste[3]. Para GOÑI es una facultad más de las que integran el poder de dirección, «que sirve únicamente de nexo entre la facultad de ordenación y disposición del empresario y la facultad disciplinaria (presupuesto esencial para la imposición de sanciones)»[4].

---

* Abogado y Magíster por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Ex-Ministro de Trabajo y de Justicia, Catedrático de Derecho Constitucional y de Derecho del Trabajo, en la Facultad de Derecho y la Escuela de Posgrado de la PUCP, distinguido con la Orden del Trabajo.

1 VIDA SORIA, José / MONEREO PÉREZ, José Luís / MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, S.L., Granada, 2003, p. 488.

2 MARTÍNEZ FONS, Daniel, *El Poder de Control del Empresario en la Relación Laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, p. 27.

3 ÍDEM, p. 28.

4 GOÑI SEIN, José Luís, *El Respeto a la Esfera Privada del Trabajador. Un estudio sobre los límites del Poder de Control Empresarial*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 11-12.

Este aspecto del poder de dirección no es nuevo, desde el momento que nace con él y se configura como uno de sus instrumentos idóneos para lograr que el trabajador cumpla su prestación laboral. Sin embargo, en tiempos recientes, ha resultado perfeccionado o fortalecido por el surgimiento de tecnologías que al hecho de otorgar un mayor grado de efectividad a la labor de control, agregan la posibilidad de una intervención de rasgos inquisitoriales que no parece conocer límites y que, por ello mismo, es susceptible de afectar al propio contrato de trabajo, evidenciando un verdadero «riesgo de corrupción» del mismo»[5]. Se trata, en este caso, de «las tecnologías informáticas y audiovisuales que, al ampliar notablemente las posibilidades de intromisión del empleador en la esfera personal de trabajador, reduce significativamente la vigencia de los derechos fundamentales, ej., privacidad o intimidad, propia imagen, dignidad, etc.»[6]

El poder de control y vigilancia, en tanto que emanación o prolongación del poder de dirección, está sometido a límites internos y externos. Los «internos» se basan en los criterios de «funcionalidad» y de «razonabilidad». En el primer caso, el control tiene como ámbito y límite insuperable el contenido de la prestación comprometida por el trabajador. En tal sentido, debe rechazarse cualquier forma de control que vaya más allá de la estricta evaluación del cumplimiento de la obligación laboral y, de forma especial, aquellas que pudieran constituir «controles de actividad», esto es, los que se ejercen sobre el comportamiento de la persona del trabajador[7]. La importancia de este criterio es innegable, porque justifica descartar la legitimidad del control que se ejerce sobre las actividades extra-laborales del trabajador o para indagar sus convicciones políticas, religiosas o cualquiera otra. Impide, igualmente, controlar las actividades del trabajador en el centro de trabajo y durante la jornada laboral, pero durante las pausas de ésta como el refrigerio, cambiarse de ropa o asistir a los servicios higiénicos, etc.

El criterio de razonabilidad exige que el poder de control sea ejercido de forma tal que excluya la arbitrariedad y el abuso. La intensidad del control y los medios que se adopten para la función de control deben, ser, por ésta razón, únicamente, los indispensables para vigilar la labor del trabajador, siendo vedado recurrir a procedimientos que excedan de dicha finalidad. Por tal motivo, el ejercicio irregular de la facultad de control, cuando esta excede la prestación

---

5 Cfr. Ídem, p. 32.

6 Vida Soria *et al.*, *op. cit.*, p. 489.

7 Cfr. Martínez Fons, *op. cit.*, p. 33. Precisa este autor que «Un control de tal naturaleza se considera, por su propia naturaleza, restrictivo de la dignidad y libertad del trabajador en el trabajo, en la medida en que opera una limitación física o psíquica en la esfera del trabajador» *(Ibid.)*.

laboral o cuando se ejerce abusivamente legitima al trabajador para resistirse a la medida en que aquella consista. Al respecto, dice GOÑI que «el trabajador queda excusado de cumplimiento sin necesidad de acatar, impugnar o justificar la falta de sumisión»[8].

Los límites externos, tienen su origen en el ordenamiento jurídico y, particularmente, en el enunciado de derechos fundamentales que éste contiene. Desde esta perspectiva, la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador representan un límite infranqueable para la facultad de control y vigilancia del empleador, ya que la proyección de aquellos valores y derechos sobre ésta, «permiten superar una visión patrimonialista de la relación, puesto que en el control la implicación de la persona lo es grado primario o esencial casi inescindible de la propia actividad de control, sino que sitúa la actividad de control en sus justos términos»[9].

Es necesario, sin embargo, puntualizar que, en principio, la actividad de control del empleador es legítima, y que, por consiguiente, su ejercicio regular, no tiene porque considerarse, *a priori*, lesivo de los derechos fundamentales del trabajador. La eventual ilegitimidad de este poder deriva de las formas mediante las cuales se ejerce, las cuales pueden resultar contrarias a la dignidad y derechos del trabajador en cuyo caso «(...) si dicha actividad tropieza con los valores constitucionales de protección a la persona, el conflicto de intereses debe resolverse a favor de los intereses del trabajador»[10].

Por ello, la cuestión atinente a la legitimidad del poder de control del empleador respecto al respeto de los derechos fundamentales del trabajador, no puede dilucidarse en un plano abstracto, esto es, en el de la definición o concepto de dicho poder, sino en el terreno concreto que hace a su ejercicio y, específicamente, en el de los medios y procedimientos a través de los cuales se realiza. Precisamente, la relevante actualidad de esta cuestión deviene, directamente, del el impresionante desarrollo de las tecnologías informáticas, audiovisuales y de comunicación, las cuales han colocado a disposición del empleador un elenco, muy amplio y sofisticado, de herramientas de vigilancia que contienen un potencial muy alto de lesividad a los derechos fundamentales de la persona del trabajador.

En particular, son los derechos relativos a la dignidad e intimidad del trabajador los que se tornan especialmente vulnerables cuando el poder de control se ejerce en forma ilimitada, en la medida que las nuevas tecnologías que se han

---

8 GOÑI SEIN, *op. cit.*, p. 113.
9 MARTÍNEZ FONS, *op. cit.*, p. 54.
10 GOÑI SEIN, *op. cit.*, p. 114.

puesto a su alcance, son capaces de efectuar intrusiones indebidas en la esfera privada de aquel[11].

De allí que resulta indispensable afirmar la eficacia ante el empleador (eficacia horizontal o inter-privatos) de aquellos derechos fundamentales que tienen por objeto tutelar la esfera privada, la vida personal del trabajador, como es el caso de los que están reconocidos en los numerales 6, 7, 10 y 18 del artículo 2° de la Constitución. Como más adelante se verá, la implicancia de éstos en la relación laboral es innegable, por lo cual resulta necesario garantizar su protección frente a cualquier conducta del empleador que conlleve su vulneración.

2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA ACTIVIDAD DE CONTROL EN LA EMPRESA

El derecho a la intimidad, señala GOÑI, «penetra, también en la relación de trabajo, erigiéndose en un importante límite a la potestad discrecional del empresario.(...) Su reconocimiento implica la superación de la escisión entre el estatus general del ciudadano y el del trabajador subordinado, que por la posición de sujeción ve reducida su libertad»[12].

Sin embargo, el mismo autor anota que «Cuanto realiza el trabajador puede ser visto y oído»[13] por quienes ejercen la facultad de control y vigilancia en la empresa, razón por la cual, el poder de control y vigilancia supone, respecto al derecho a la intimidad «la reducción de la zona protegida», por lo que no es dable, en el seno de la relación laboral, invocar el derecho de la persona a la conservación absoluta e incondicionada de la intimidad[14].

---

[11] «La incidencia de los avances tecnológicos en las relaciones laborales se aprecia especialmente en dos ámbitos específicos: la forma de trabajar y los medios de control empresarial de dicho trabajo. En la actualidad la prestación de servicios se ve mediatizada por mecanismos telemáticos de comunicación (fax, correo electrónico, Internet); a su vez, el empresario tiene a su disposición una variada gama de instrumentos tecnológicos que le permiten ejercer más cómoda y eficazmente su poder de dirección y disciplina en la empresa (videocámaras, «rastros» informáticos en los ordenadores, etc.)». (SEMPERE NAVARRO, Antonio V, / SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, «Vigilancia Electrónica vs Derecho a la Intimidad y a la Propia Imagen (A propósito de las nuevas tecnologías en el marco laboral)», en *Temas Actuales de Derecho Laboral*, AAVV, Normas Legales, Trujillo, 2005, p. 326.

[12] GOÑI SEIN, *op. cit.*, p. 21. Agrega GOÑI que «El régimen de garantías constitucional de los derechos inviolables que afecta al derecho a la intimidad no admite graduaciones, ni como consecuencia de la posición que ocupa el individuo, ni de la actividad que desempeña. Por ello, la situación de subordinación que caracteriza la relación de trabajo no puede explicarse en manifestaciones de ejercicio del poder empresarial que lesionan instancias irreductibles de libertad o intimidad». *(Ibid.)*

[13] IDEM., p. 26.

[14] *Ibid.*

A pesar de ello, dicha «reducción de la zona protegida» no debe exceder los límites de la «subordinación técnica», esto es, se autoriza un parcial desprendimiento de los derechos de la intimidad por parte del trabajador, si bien a condición de que la intromisión venga impuesta por las exigencias de la prestación laboral. De forma que ninguna constricción de la esfera de reserva del trabajador que sea irrelevante al normal ejercicio de la actividad pueda ser tenida en cuenta por el empresario»[15].

Se reconoce, de esta forma, el derecho del trabajador a la tutela de su esfera íntima en el seno de la relación laboral, sin que esta pueda ser invadida o restringida por el empleador, más allá de lo rigurosamente indispensable para controlar la ejecución de su prestación laboral. Todo aquello que escape a este propósito, es ajeno a la relación de trabajo, no forma parte de las obligaciones del trabajador y le pertenece a éste como persona, sin que el empleador tenga facultad alguna de intervenir en este ámbito, reservado y privativo.

Carece de fundamento, por ello, sostener que el respeto a la «intimidad personal» del trabajador es un derecho que no resulta exigible ante el empleador, pues se limita a la vida personal y familiar de aquel, en su ámbito extra-laboral, por lo cual carece de manifestaciones específicas en la relación laboral. En cuanto derecho de la personalidad, esto es, que protege a la persona de las intrusiones de los demás en su esfera privada, no se circunscribe a un lugar o ámbito determinado, como podría serlo el hogar o la familia. Rubio Correa apunta que la intimidad «puede ocurrir inclusive en lugares públicos, siempre que la circunstancia consista en un hecho que la persona ha reservado para su propia círculo de existencia»[16]. En el mismo sentido, Goñi afirma que «Lo mismo que la conversación de dos personas sentadas en un banco o en un lugar accesible al público forma parte de su vida privada, las conversaciones mantenidas por un trabajador con otros compañeros en el centro de trabajo pueden tener tal carácter, pese a estar expuestos a la eventual mirada del resto de los compañeros y del empresario mismo y tratarse de un lugar en cierto modo público»[17].

Los diálogos entre compañeros de trabajo no son, sin embargo, el único hecho en que se manifiesta la intimidad del trabajador; a su esfera privada pertenecen, también, otras actividades, como cambiarse de ropa en los vestuarios, tomar sus alimentos durante el refrigerio, acudir a los servicios higiénicos, comunicarse telefónicamente con el exterior, etc. En todas estas actividades, que el trabajador

---

15 Ídem, p. 27.

16 Rubio Correa, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, t. I, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 253.

17 Goñi Sein, *op. cit.*, p. 154.

realiza en el centro de trabajo y durante la jornada laboral, este tiene derecho a la protección de su intimidad frente a las intrusiones indebidas del empleador.

Las actividades de control que resultan potencialmente peligrosas en relación a estos derechos, son las siguientes: i) la vigilancia por agentes privados o ocultos y el control a distancia, ii) los registros en la persona y bienes del trabajador, iii) la obtención de datos sobre la vida privada, iv) la apariencia exterior del trabajador, v) el control sobre la vida extra-laboral; y vi) el control sobre las comunicaciones privadas del trabajador.

3. LA VIGILANCIA POR AGENTES PRIVADOS U OCULTOS Y EL CONTROL A DISTANCIA

La facultad de vigilancia del empleador, en la medida que es legítima y funcional a su poder de dirección, debe ser ejercida de forma abierta y transparente, mediante órganos y personal específicamente dedicado a esta tarea. Ello no es ilícito ni anormal; todo lo contrario, pues es natural que en la estructura empresarial existan trabajadores cuya prestación laboral específica consista en vigilar el cumplimiento de la prestación de los demás trabajadores. Al respecto, la LPCL considera como «personal de dirección», además de aquel que representa al empleador o que lo sustituye, al que «comparte con aquel las funciones de administración y de control» (art.43°).

Al estar integrados en la organización empresarial y tener funciones definidas, quienes ejercen las facultades de control lo hacen públicamente y, por tanto, los trabajadores conocen quienes realizan esa labor, de modo tal que estos, al desarrollar su actividad, saben a quien compete vigilarlos y cuales son los procedimientos de control que deberán observar[18]. Esta visión de la función de control, se opone a que ésta se ejerza de forma oculta o subrepticia, –como cuando se investiga un delito o a una banda de delincuentes– mediante, el empleo de vigilantes ocultos, ajenos a la estructura de la empresa y, por tanto, desconocidos por los trabajadores, pues se considera un mecanismo lesivo de la dignidad e intimidad de éstos. Por esta razón, no se acepta el uso para estos fines del personal de los servicios de vigilancia y seguridad, así como el empleo de «espías» o «detectives» infiltrados entre el personal, como si fueran trabajadores comunes, con la misión exclusiva de vigilar la conducta de los trabajadores,

---

[18] «Es importante, (...) que el trabajador sepa quien le controla o le vigila, puesto que, en principio, si desconoce la finalidad y legitimidad de quien lo dicta (esto es, si el personal colaborador trae poderes del empresario y si está integrado en la estructura organizativa de la empresa) no estará obligado a someterse a una medida de control ni podrá reputarse como desobediencia su negativa». (IDEM, p. 133).

pues admitir esta práctica «(...) significaría la instrumentalización de la persona al privarla de libertad y, por tanto, de disponibilidad de la misma por la vía del reconocimiento intrusivo de una parte del núcleo de su personalidad, y, en definitiva, supondría la anulación de un derecho subjetivo a la intimidad»[19].

Respecto al personal de las empresas de vigilancia y seguridad, sus propias normas les impiden intervenir en la vigilancia de la actividad laboral, pues conforme al artículo 6° de la Ley de Servicios de Seguridad Privada[20], las empresas de vigilancia privada únicamente pueden desarrollar actividades para la «Protección de la vida y la integridad física de las personas», «La seguridad de instalaciones públicas o privadas» y «La seguridad para el normal desarrollo de eventos». Asimismo, precisa que «Estas actividades se circunscriben, únicamente, al perímetro o ámbito interno de la instalación o donde se desarrolla el evento». Asimismo, se prohíbe al personal de estas empresas, desempeñar funciones propias de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, establecer redes de información para el descubrimiento de faltas o delitos y realizar actividades que constituyan espionaje industrial o comercial[21].

---

[19] ÍDEM., p. 134. Afirma GOÑI que «En general, está prohibida cualquier forma de espionaje sobre los trabajadores y, por tanto, también el reclutamiento por la dirección de la empresa de confidentes entre el personal. Ya dijimos que la fiscalización intrusiva en cualquier modo y ámbito que se produzca constituye siempre un atentado al derecho a la intimidad». *(Ibid.)*. También DE VICENTE PACHÉS rechaza este tipo de prácticas: «Una práctica absolutamente inadmisible, y que en ocasiones, desafortunadamente, se produce, es la de contratar a personal bajo la apariencia de un contrato de trabajo tipo, en el que se formaliza que ese trabajador va a realizar cualquier actividad en la empresa, –pongamos por caso funciones de mantenimiento en general–, cuando la realidad es que la misión encomendada a este trabajador es la de realizar actividades de vigilancia y control con desconocimiento del resto de trabajadores. Evidentemente no podemos concebir a estos trabajadores como auténticos vigilantes de empresa en el sentido anteriormente descrito. La utilización de este tipo de medida supondría un claro abuso de poder, pues se contrata a un trabajador para un fin distinto para el cual se contrató, constituyendo esto una forma de vigilancia oculta en la empresa totalmente despreciable e ilegítima». (DE VICENTE PACHÉS, Fernando, *El Derecho del Trabajador al Respeto de su Intimidad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998, p. 307.)

[20] Ley N° 28879, promulgada el 17 de Agosto de 2006, publicada el 18 de Agosto del mismo año. Esta ley deroga la norma anteriormente vigente que era el Decreto Supremo N° 005-94-IN.

[21] Artículo 24° de la Ley 28879, incisos c), d) y e), respectivamente. No figuran en esta norma, importantes disposiciones que contenía la normativa anterior, como la prohibición al personal de las empresas de vigilancia de «ejercer ningún tipo de control sobre opiniones políticas, sindicales o religiosas o sobre la expresión de tales opiniones ni crear o mantener información con tal objeto». (RSSP, art.87°) y, consiguientemente, tipificar como infracción muy grave, «La participación del personal en conflictos políticos o laborales, control sobre opiniones de carácter político, sindical o religioso». (RSSP, art. 90, inc. c).

4. EL CONTROL A DISTANCIA POR MEDIOS AUDIOVISUALES

Existe una forma de vigilancia, especialmente sensible en relación al respeto de la dignidad e intimidad del trabajador que se realiza no mediante personas –agentes de seguridad y vigilancia, espías y confidentes– sino mediante equipos o máquinas, capaces de captar o grabar la imagen y sonido, de modo que los movimientos, gestos, actitudes y expresiones del trabajador puedan ser vistos y oídos, sin conocimiento de éste. Se trata de un «control a distancia», desarrollado por las nuevas tecnologías, cuyo potencial lesivo de la dignidad e intimidad del trabajador es muy elevado. GOÑI considera, por ello, que «La instalación de una telecámara que controle todos los movimientos y actos del trabajador constituye uno de esos procedimientos odiosos que comporta en sí una agresión intolerable a la vida del trabajador»[22] y Sala opina que salvo casos extremos de necesidad por razones de seguridad, como las «cajas negras» en los aviones, «la instalación de aparatos auditivos (micrófonos, sistemas de grabación de imagen y sonido, escuchas de teléfono, etc.) atenta gravemente contra el derecho de intimidad del trabajador»[23].

Sin embargo, no siempre la instalación de un equipo de grabación podrá considerarse lesiva de la intimidad del trabajador. Ello dependerá de la finalidad para la cual se emplee dicho equipo, pues en ocasiones esta no será la vigilancia del trabajador sino garantizar la seguridad de la empresa o la de los propios trabajadores, aunque indirectamente estos resulten observados. Al respecto, es necesario distinguir, por un lado, entre las zonas o áreas de la empresa que pueden ser vigiladas y, de otro, entre los distintos momentos que se suceden durante la jornada laboral, en que puede ejercerse dicha observación.

Respecto a lo primero, es necesario establecer, en todo centro de trabajo, una primera gran distinción entre las áreas o zonas en que los trabajadores realizan su labor y aquellas otras en que realizan actividades ajenas a ésta, de índole personal o, incluso, íntimo. En el caso de éstas últimas, parece indiscutible, por injustificado, que resulta ilegitimo colocar telecámaras o equipos de grabación del sonido, por no estar destinadas al trabajo, sino a actividades privadas del trabajador, como ingerir sus alimentos (comedores), cambiarse de ropa (vestuarios), descansar (áreas de esparcimiento), realizar sus necesidades fisiológicas (baños) y otras semejantes[24].

---

[22] GOÑI SEIN, *op. cit.*, p. 146.

[23] SALA FRANCO, Tomás, «El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral», en AAVV, Efraín Borrajo Dacruz (Director), *Trabajo y Libertades Públicas*, La Ley-Actualidad S.A., Madrid, 1999, pp. 220-221.

[24] Cf. GOÑI SEIN, *op. cit.*, pp. 325-326. Concluye, este autor que «En definitiva el trabajador, al igual que cualquier otro ciudadano, tiene derecho a un espacio reservado de intimidad en el lugar de trabajo». *(Ibid.)*

También las actividades sindicales, que se realicen en la sede l sindical que estuviera ubicada dentro de la empresa, debe quedar excluida de esta clase de vigilancia que, por añadidura, sería lesiva de la libertad sindical[25].

Respecto a las áreas en que se realiza el trabajo, es factible realizar una segunda distinción, en este caso entre aquellas en que la labor se realiza en contacto directo con el público o que están abiertas a éste así como, también aquellas, que sin permitir el acceso del público albergan operaciones de peligro, de aquellas otras en que la labor se lleva a cabo en zonas internas, sin acceso ni contacto personal del trabajador con los usuarios o consumidores. Respecto a las áreas internas de trabajo, es innegable que la exigencia de respeto de la dignidad e intimidad del trabajador lleva a rechazar la utilización de esta forma de vigilancia, de modo tal que «Todo conocimiento (...) subrepticiamente alcanzado por el empresario mediante la utilización de aparatos audiovisuales clandestinamente colocados con el fin de sorprender al trabajador, amén de constituir un abuso incompatible con el respeto de la dignidad e intimidad, debe considerarse ilegítimo»[26].

Esta es la posición que adopta la ley laboral italiana que prohíbe «el uso de instalaciones audiovisuales y de otros aparatos con finalidades de control a distancia de la actividad de los trabajadores»[27]. Es evidente que la utilización de estos equipos en dichas zonas sólo puede tener como finalidad la de ejercer un control, a distancia y oculto, sobre la actividad de los trabajadores. Por esta razón, se ha puntualizado que «En tal caso estamos ante un control denominado «intencional», pues su único objetivo es llevar a cabo un control absolutamente prohibido por la norma, esto es, de la actividad de los trabajadores»[28].

---

[25] El Comité de Libertad Sindical de la OIT señala que «El derecho de las organizaciones profesionales a celebrar reuniones en sus locales para examinar cuestiones profesionales, sin autorización previa y sin injerencia de las autoridades, constituye un elemento fundamental de la libertad de asociación (...)». **(Oficina Internacional del Trabajo, «La Libertad Sindical»** Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 5ª ed. (revisada), 2006, Ginebra, p. 31, núm. 130.)

[26] Goñi Sein, *op. cit.*, pp. 149. «(...) hay que tener en cuenta –afirma este autor– que el trabajador tiene derecho a unos márgenes irreductibles e inderogables de intimidad en el lugar de trabajo. En el desempeño de su actividad, el trabajador realiza en la seguridad de no ser observado una serie de actos que forman parte de su vida privada y que muy probablemente no los realizaría si tuviera conocimiento de su observancia clandestina». *(Ibid.)*

[27] Statuo dei lavoratori, artículo 4.1.

[28] Fernández Sánchez, Sonia, «Variaciones sobre el poder de control a distancia: el espejo de la madrastra», en AAVV, *El Poder de Dirección del Empresario: Nuevas Perspectivas*, Relaciones Laborales, Madrid, p. 87. Goñi agregará que «La absoluta prohibición de este tipo de controles emana del propio derecho subjetivo de la persona a la intimidad. Los trabajadores

Distinta situación es la que se presenta en las áreas de la empresa a las que tiene acceso el público o en que se realizan labores que conllevan peligro, en las cuales la protección de los propios trabajadores, de los clientes y de los bienes de la empresa justifica medidas especiales de vigilancia. En este sentido, la ley italiana admite el control mediante esos equipos pero únicamente por exigencias organizativas y productivas o de seguridad[29]. Se destaca, por ello, que en este caso el control que se ejerce es «preterintencional» porque su legitimidad deviene de que el control tolerado por la norma «no se refiere a la prestación ni al comportamiento del trabajador, sino que viene destinada a la tutela del patrimonio empresarial y de seguridad en el trabajo, traducido –a la inversa– en una necesidad de protección y seguridad del trabajador»[30]. Es el caso, por ejemplo, de las áreas de atención al público, en bancos, aeropuertos, terminales marítimos y terrestres, o en una joyería, y, en general, en los establecimientos comerciales de grandes dimensiones o, para el caso de los equipos de audición, los centros de llamadas (*call centres*); pero también, en zonas de labor ajenas al contacto con el público que realizan actividades peligrosas para la integridad física[31].

La instalación de estos equipos en las áreas indicadas, no obstante, debe estar sujeta a dos límites: el conocimiento previo por los trabajadores y la limitación de su uso para los fines de seguridad ya mencionados, lo que conlleva, en el primer caso, a no admitir la colocación clandestina de esos equipos y, en el segundo, a que «los datos obtenidos de instalaciones que entren dentro del campo de aplicación del control «preterintencional» podrán ser utilizados sólo para satisfacer exigencias productivas, organizativas, o relativas a la seguridad, que son aquellas que legitiman el uso de tales medios (...)»[32]. En este

---

uti singuli son portadores como cualquier ciudadano del derecho a no ser fiscalizados ilegítimamente en la vida privada y al respeto de su imagen en los momentos de su vida privada y fuera de ellos (...)». (GOÑI SEIN, *op. cit.*, p. 148).

29 El artículo 4.2 del Statuto dei lavoratori, dice lo siguiente. «Las instalaciones y los aparatos de control requeridos por exigencias organizativas y productivas o bien por la seguridad del trabajo, pero de los que derive también la posibilidad del control a distancia de la actividad de los trabajadores ,pueden ser instalados solamente previo acuerdo con las representaciones sindicales de empresa o bien, a falta de ésta, con la comisión interna. En defecto de acuerdo, a instancia del empleador, provee la Inspección de Trabajo, estableciendo cuando sea necesario, las modalidades para el uso de tales instalaciones».

30 FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 88.

31 «El control de una máquina particularmente peligrosa o de un horno que desprende un fuerte calor o exhalaciones nocivas y peligrosas, o de algunos sectores de actividad de fabricación de explosivos, puede útilmente efectuarse a distancia mediante instalaciones de telecámaras en los puntos más peligrosos en los que el trabajador se encuentra expuesto a graves peligros». (GOÑI SEIN, *op. cit.*, pp. 141-142).

32 FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 89.

sentido, el control mediante estos equipos, debe ser efectuado de una manera «correcta y leal», de tal modo que la eventual afectación de la intimidad del trabajador «no represente más que un «efecto meramente accidental», nunca un producto primario buscado de forma encubiert»[33].

En cambio, en las zonas de trabajo de la empresa, sin acceso del público o no expuestas a situaciones especialmente peligrosas para la vida, salud o integridad de los propios trabajadores, ni siquiera con conocimiento de estos puede aceptarse la colocación de aparatos audiovisuales de grabación, porque esta modalidad de control ,es susceptible de generar en el trabajador un (...) «estado de tensión continuo por la autocensura en las micropausas (presentes en toda prestación de servicios; no se olvide que el trabajo del hombre es ante todo humano) que debe imponerse», se transforma en un medio instrumentalizador del ser humano»[34].

En cuanto a la oportunidad en que puede realizarse el control durante la jornada de trabajo, es necesario, también, diferenciar entre aquellos destinados a la prestación del servicio y los que el trabajador dedica a actividades privadas. El respeto a la dignidad e intimidad del trabajador, impide que el empleador someta al trabajador a una vigilancia permanente que abarque, incluso, aquellos momentos en que éste interrumpe su labor para realizar una actividad privada, como es el caso del cambio de ropa, satisfacer sus necesidades fisiológicas, ingerir sus alimentos o disfrutar de una pausa de esparcimiento, así como, igualmente, participar en una reunión de trabajadores o asamblea sindical[35].

5. LA REVISIÓN CORPORAL Y DE LOS BIENES DEL TRABAJADOR

Otra actividad de control lesiva de la dignidad e intimidad del trabajador, es la que consiste en el registro o revisión corporal del trabajador o de los bienes u objetos que porta consigo o, asimismo, de los casilleros o armarios que tenga asignados en el centro de trabajo para guardar sus pertenencias o herramientas de trabajo. La utilización de esta modalidad, suele justificarse en la necesidad de proteger el patrimonio empresarial y el de terceros, así como, en otros casos, la seguridad de las personas e instalaciones.

---

[33] Goñi Sein, *op. cit.*, p. 144.

[34] *Ibid.*, pp. 26-27.

[35] «Cabe suponer una violación de la dignidad cuando la actividad de control aplicada con fines técnicos llegara a anular todo margen de intimidad del trabajador en la empresa, esto es, cuando el trabajador fuera observado constantemente, «también en los momentos de distracción y de inactividad que están naturalmente presentes en cualquier trabajo y que deben tolerarse porque la misma producción debe adecuarse a estos límites, que son los límites de aplicación del trabajo humano». (*Ibid.*, p. 144).

Esta práctica que se materializa en «(...) el miramiento cuidadoso, o el examen fiscalizador y detenido de la persona (en la parte de su envoltura física que permanece oculta), del espacio físico reservado a su propia intimidad y de las cosas que en él se guardan»[36], vulnera, sin duda alguna, aquellos derechos fundamentales del trabajador. El hecho de que otra persona revise corporalmente al trabajador, sometiéndola al «cacheo», así como la ropa que lleva puesta y sus efectos personales, es, sin duda alguna, un acto de injerencia en su vida privada y «sobre lo más íntimo que es su propia persona»[37]. Colisiona directamente, por ello, con el derecho a la intimidad, pues éste «(...) es el derecho del individuo a excluir las intromisiones de terceros y a mantener una esfera absoluta de secreto, en parte coincidente con la «esfera de pudor», es el bien jurídico primordialmente lesionado por los registros o cacheos sobre la persona del trabajador»[38].

A pesar de su potencial lesivo del derecho a la intimidad, algunos países la admiten en nombre de otros bienes jurídicos que se desea proteger como el patrimonio empresarial o de terceros, incluso el de los propios trabajadores, o la seguridad de las personas y las instalaciones. PLÁ, en un estudio de derecho comparado, indica que esta práctica, en general es aceptada, con ciertas condiciones, tanto en los países que cuentan con reglamentación, como en aquellos que no la tienen[39]. En su interesante estudio, señala que «prevalece el punto de vista de que las revisiones del empleador son permisibles si éste tiene un motivo para hacerla y la conduce de manera razonable»[40]. Entre tales motivos está el de «proteger los bienes del empleador» frente al riesgo de sustracción de los bienes de la empresa[41]. GOÑI, la encuentra justificada sólo cuando concurran circunstancias relacionadas con la seguridad de las personas o cosas, en aquellas empresas dedicadas a la fabricación, por ejemplo, de material explosivo, armamento o sustancias altamente tóxicas para la salud pública[42].

---

[36] GOÑI SEIN, *op. cit.*, p. 167.

[37] *Ibid.*, p. 177. «Hay que partir –afirma Goñi–, por tanto, de la idea de que el registro es un acto de injerencia en la vida privada». *(Ibid.)*.

[38] *Ibid.*, p. 163.

[39] PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, «Protección de la Intimidad del Trabajador: La situación en las Américas», en AA.VV., *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 114, nº 3, 1995, Ginebra, p. 346.

[40] *Ibid.*, p. 348.

[41] *Ibid.*, p. 346.

[42] GOÑI SEIN, *op. cit.*, p. 187. Precisa este autor que «Según ello, vale también, para conferir carácter de legitimidad a los registros, la razón de seguridad, en el bien entendido de que la seguridad se refiere a la naturaleza de los instrumentos (por ejemplo, cartuchos de dinamita utilizados en una cantera), de las materias primas o productos, y al posible riesgo que para la salud de todos pueda acarrear la sustracción de dichos bienes de la empresa». (*Ibid.*, pp. 187-188)

En todo caso, GOÑI considera que los registros sobre el trabajador sólo podrán realizarse cuando sean absolutamente necesarios, no exista otra alternativa y se efectúen en una forma que resulte compatible con el menor sacrificio de los derechos inviolables de la persona»[43]. Por estas razones cuestiona, con innegable fundamento, el argumento de que los registros tengan por motivo proteger el patrimonio empresarial, ya que existen tecnologías mas adecuadas para hacerlo sin vulnerar la dignidad e intimidad del trabajador[44]. Yendo más allá, objeta la constitucionalidad de la ley española que admite los registros personales, por conceder mayor valor a la propiedad privada que a la libertad: «Desde la perspectiva de la ordenación constitucional de los valores tutelares resulta inconcebible que la propiedad privada ocupe un lugar preferente por delante de la libertad –que es valor superior del ordenamiento jurídico– y de la dignidad y de los derechos inherentes a la personalidad, que son los valores afectados por la sujeción al poder de registro empresarial»[45].

---

[43] IDEM, p. 167.

[44] «Reiteradamente, he manifestado ya que con la facultad de registro empresarial lo que se pretende es proteger fundamentalmente el patrimonio empresarial. Ahora hay que plantearse si esto constituye una necesidad social importante para la intromisión continua. Sinceramente, considero que no. Existen otras normas de detección tan eficaces o más que el registro para la protección del patrimonio que no presuponen el atentado contra la intimidad del trabajador. El emplazamiento de sistemas automáticos e impersonales de control –tales como los detectores de metal o reveladores magnéticos– constituye un buen sistema cuando se está ante la comprobación de la frecuencia de los robos. El registro debe ser el último procedimiento posible, utilizable sólo cuando la injerencia en la vida privada es proporcionada al daño social que se trata de prevenir». (*Ibid.*, pp. 181-182). De la misma opinión es DE VICENTE: «No podemos olvidar que para la protección de la propiedad privada existen otros mecanismos de detención de robos tan eficaces o incluso superiores que el de registro (la propia sentencia hace mención de alguno de ellos: como el detector de metales, aparato de rayos X, reveladores magnéticos...) y cuentan con la garantía además de que no presuponen atentado alguno a la intimidad del trabajador. Pero existen otras muchas medidas preventivas de control a las que pueda recurrir el empleador haciendo innecesario la utilización de los registros. Estamos haciendo referencia a medidas como son el impedir la introducción en la empresa de bolsos/as, mochilas o elementos similares siempre y cuando no sea de imprescindible utilización en el interior de la empresa; establecer la obligación de depositar estos en los lugares señalados a tal fin». (DE VICENTE PACHÉS, *op. cit.*, p. 251.)

[45] GOÑI SEIN, *op. cit.*, p. 183. Agrega lo siguiente: «Obviamente, no hay que desconocer los límites de la libertad, y a esos derechos inviolables (honor e intimidad), que han de encontrar sus límites en el respeto a la ley y a los derechos de los demás. Pero llevar las cosas al extremo de invertir el orden de valores y el mantenimiento de la prevalencia de los intereses propietarios frente a los valores de dignidad, en ningún modo se corresponde con el equilibrio constitucional diseñado». (ÍDEM, pp. 183-184.)

Por el contrario, la ley italiana prohíbe rotundamente los registros personales, salvo casos de excepción, indispensables para la tutela del patrimonio empresarial, supuesto en el cual deben practicarse a la salida de los lugares de trabajo, salvaguardando la dignidad y la reserva del trabajador y mediante la aplicación de sistema de selección automática[46]. Aunque por vía de excepción, lo que sirve para enfatizar el sentido garantista del *Statuo dei lavoratori*, esta norma admite, sin embargo, la práctica del registro personal, bien que sometida a estrictas exigencias en cuanto a su causalidad y, sobre todo, a su realización.

En aquellas situaciones excepcionales en que proceda la revisión corporal está debe realizarse sujeta a estrictos límites y condiciones. En cuanto a los primeros, el tema central es si dicha revisión puede obligar al trabajador a desnudarse. La respuesta es tajante en la doctrina y la jurisprudencia. Afirma GOÑI, «(...) el despojo total o parcial del trabajador constituye un atentado contra el pudor natural de la persona y es siempre lesivo de la dignidad e intimidad del trabajador (...). La envoltura física, o la desnuda figura física de la persona es la primera realidad sobre la que se proyecta la personalidad del sujeto y el interés al mantenimiento oculto hacia los ojos de los extraños constituye para muchas personas la manifestación más sobresaliente del contenido esencial y por ello menos indisponible e inderogable del derecho a la intimidad. En consecuencia, debe pugnarse por la total prohibición del desvestimiento como contenido de la modalidad de registro sobre la persona[47].

---

[46] El artículo 6 del Statuo dei Lavoratori señala lo siguiente: «Los registros personales del trabajador están prohibidos, con excepción de los casos en que sean indispensables para la tutela del patrimonio empresarial en relación a la calidad de los instrumentos de trabajo o de las materias primas o de los productos.
En tales casos, los registros personales podrán ser efectuados solamente a condición de que sean realizados a la salida de los lugares de trabajo, que sean salvaguardadas la dignidad y la reserva del trabajador y que tengan lugar con aplicación de sistemas de selección automática referidos a la colectividad o a grupos de trabajadores.
Las hipótesis en que pueden ser realizados los registros personales, así como, siempre con las condiciones del segundo párrafo del presente artículo, sus modalidades relativas, deben ser pactadas por el empleador con las representaciones sindicales de la empresa o bien, a falta de éstas, con la comisión interna. En ausencia de acuerdo, a instancia del empresario prevé la Inspección de Trabajo.
Contra las disposiciones de la Inspección de Trabajo según el párrafo anterior, el empleador, las representaciones sindicales de empresa o a falta de éstas, la comisión interna, o bien los sindicatos de trabajadores...pueden recurrir... ante el Ministro». (*Vid.* DE VICENTE PACHES, *op. cit.*, pp. 235-236).

[47] GOÑI SEIN, *op. cit.*, pp. 196-197.

Exigir al trabajador que se desnude constituye, afirma VICENTE PACHÉS, una «práctica inadmisible»[48].

En el ámbito jurisprudencial, el Tribunal Constitucional español ha establecido la vinculación entre intimidad personal e intimidad corporal, predicando su inmunidad frente a toda pesquisa e indagación en el propio cuerpo, impuesta por un tercero[49].

Sostiene GOÑI que, aún con incongruencia, se puede llegar a aceptar el cacheo sin desprendimiento de ropa o, a lo más, el despojo parcial de alguna prenda «sin llegar a la exhibición de parte alguna del cuerpo habitualmente oculta; pero en ningún caso al examen de prendas interiores o desnudo del cuerpo, y en absoluto de las cavidades anatómicas»[50].

Son cuatro las condiciones mínimas que debe reunir la revisión corporal del trabajador, cuando esta sea permitida por el ordenamiento respectivo. En primer lugar, se considera que esta deba practicarse cuando no existan otras medidas que se puedan aplicar, por lo que, cuando éstas existan, el empleador no podrá excusarse de introducir otras medidas de control menos lesivas a la dignidad e intimidad del trabajador aduciendo su mayor costo[51]. La segunda condición a observar, consiste en que la selección de los trabajadores a ser revisados, cuando no sea general sino a un grupo, debe hacerse con criterios objetivos,

---

[48] «De modo que habrá que entender como práctica inadmisible que se pueda exigir al trabajador que se desnude (completa o parcialmente) con el pretexto de comprobar el ocultamiento de algún objeto que no fuera de su propiedad, por lo que habría que utilizar otros medios menos gravosos que no dañaran la integridad física y moral de la persona. Por otra parte, ser objeto de exposición y contemplación en sus partes más íntimas por los ejecutores del registro o representantes que hacen las veces de testigos supone una intromisión grave en la vida íntima de la persona». (DE VICENTE PACHÉS, *op. cit.*, p. 243.)

[49] «De la intimidad personal forma parte, la intimidad corporal, en principio inmune a las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad (FJ 5º)». (ÍDEM., p. 242.)

[50] GOÑI SEIN, *op. cit.*, p. 197. Puntualiza este autor que «Evidentemente, el conminar a una persona a desprenderse de su indumentaria constituye una violación del pudor natural de la persona, y por ende de su esfera de intimidad; y el ser objeto de exposición y contemplación en sus partes más íntimas por los representantes de los trabajadores y los empleados encargados de realizar los cacheos es una intrusión particularmente grave en la vida íntima de la persona. El atentado al derecho de la intimidad se produce aquí sobre la "realidad material más inmediata de la persona", que es su cuerpo, por esa toma de conocimiento fiscalizadora del dependiente del empresario y compañeros, sobre los aspectos físicos que el trabajador desea mantener ocultos». (ÍDEM., pp. 163-164)

[51] SALA FRANCO, *op. cit.*, p. 224.

evitando actitudes discriminatorias[52], pues en caso contrario se lesionará el «derecho al honor» de los sometidos al registro, al hacer recaer en estos la sospecha de haber cometido un acto ilícito[53]. En tercer lugar, debe realizarse con la mayor discreción y respeto y en lugar reservado, lejos de la «presencia intrusiva de terceros»[54]; y, en cuarto lugar, debe efectuarse por persona del mismo sexo[55]. La ley española, exige, además, que se realice en presencia de un representante de los trabajadores, o a falta de éste, de un trabajador designado por el sujeto a registro, que debe ser de su agrado[56].

Finalmente, debe puntualizarse que el registro corporal, sólo procede como procedimiento destinado a la investigación de hechos concretos acaecidos en la empresa, como la sustracción o pérdida de bienes de ésta, por lo que no puede admitirse con carácter preventivo, esto es, como un sistema habitual o rutinario dirigido a evitar esos hechos, porque, en este supuesto, además de la afectación que toda revisión corporal conlleva a la dignidad e intimidad del trabajador, ello supondría partir de un «estado de desconfianza» o «presunción de sospecha frente a los trabajadores» que, como lo señala BUCCISANO, implicaría «una valoración moral negativa de la personalidad», contraria al respeto de los valores individuales de la persona[57]. Y contraria, también, al principio de la presunción de inocencia que nuestra constitución reconoce en el artículo 2.24., literal e).

No existen disposiciones legales en nuestro ordenamiento que regulen esta materia, por lo que ha de concluirse que siendo la revisión o registro corporal en los centros de trabajo una lesión a la dignidad y al honor de la persona, estos no pueden aplicarse, ni siquiera invocando razones de seguridad o de protección del patrimonio. La ausencia de norma prohibitiva de los registros corporales no puede, en modo alguno, interpretarse como la «libertad» del empleador para aplicar esta forma de control bajo el principio de que nadie está impedido de

---

52 Puede ser, dice PLÁ, «por sorteo, por indicación de una señal fónica o por cualquier otro sistema que no denote que existe una denuncia especial contra el inspeccionado» (PLÁ RODRÍGUEZ, *protección de la intimidad, op. cit.*, p. 347.) según GOÑI un «sistema de selección automática de los trabajadores» tiene por objeto «evitar que la elección de determinados trabajadores sea producto del capricho, de la arbitrariedad o animadversión del empresario hacia algunos trabajadores». (GOÑI SEIN, *op. cit.*, p. 195.)

53 «(...) es posible que se esté vulnerando el honor de aquéllos a los que se va a registrar cuando la selección de los trabajadores resulte arbitraria, injustificada y conocida por los restantes miembros e la «comunidad» en que se trabaja» (NEVADO FERNÁNDEZ, María José, *El ejercicio del derecho al honor (por el trabajador) en el contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1999, p. 54).

54 GOÑI SEÍN, *op. cit.*, p. 197.

55 PLÁ RODRÍGUEZ, «Protección de la intimidad...», *op. cit.*, p. 347; asimismo, GOÑI SEIN, Loc. cit.

56 GOÑI SEIN, Loc.cit.

57 Cit. por GOÑI SEIN, *op. cit.*, p. 190.

hacer lo que la ley no prohíbe, porque de modo semejante el trabajador a quien se pretenda someter, contra su voluntad, a revisión corporal podrá invocar, fundadamente, la primera oración del literal a. del artículo 2.24 CP, según el cual «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda».

Más allá de este razonamiento, es evidente que una eventual regulación legal de esta materia, supondría una restricción al derecho a la intimidad del trabajador, por lo cual tal normativa debería admitir los registros personales sólo en casos excepcionales, relacionados a la investigación de hechos concretos y, en cualquier caso, rodeados de las suficientes garantías, para evitar la lesión de su dignidad y honor. Sostenemos, por este motivo, que la ausencia de normatividad al respecto, impide al empleador, en base a la mera invocación de las exigencias organizativas de la empresa, la protección del patrimonio empresarial o de terceros y, ni siquiera, la libertad de empresa, disponer en ejercicio de su poder de dirección esta clase de registros, que serían abiertamente lesivos de la dignidad, intimidad y honor del trabajador. Una eventual conducta de éste tipo, además de justificar el *ius resistendi* del trabajador devendría en acto de hostilidad del empleador, encuadrado en el supuesto regulado en el inciso g) del artículo 30° LPCL, conforme al cual se aquella se configura por los actos contra la moral «y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador».

6. INDAGACIÓN Y ARCHIVO DE DATOS PERSONALES

Otra posible lesión al derecho la intimidad, puede provenir de la exigencia del empleador de obtener datos o informaciones sobre la persona del trabajador que supongan una injerencia sobre su vida privada, personal o familiar.

Nuestra Constitución garantiza el derecho de la personas a guardar reserva sobre su vida privada, protegiendo los datos relativos a ésta. Al respecto, el artículo 2.6 CP, reconoce el derecho de la persona «A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar»; asimismo, el artículo 2.18 garantiza a toda persona «mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole (...)»[58].

---

[58] Comentando la primera de estas normas, GARCÍA TOMA sostiene que «Esta noción de intimidad alude a la preservación de un ámbito de desarrollo personal y familiar sin intrusiones ni injerencias de personas ajenas a dicho entorno. Se trata de datos o hechos que no requieren ni necesitan ser conocidos por terceros ya que no son relevantes para la coexistencia social. Su divulgación vulnera la paz y la tranquilidad interior». (GARCÍA TOMA, Víctor, *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, t. I, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 1998, Lima, p. 85.).

La información relativa a la persona del trabajador que el empleador puede exigir a éste que le suministre, tiene como «límite interno objetivo» el contenido de la prestación laboral lo que impide a aquel captar o recoger cualquier información que escape del estricto cumplimiento de la prestación empresarial[59].

Debe, por consiguiente, considerarse irrelevante para el desarrollo de la relación laboral, y por ello vedado al empleador, recoger y registrar datos que pertenecen a la esfera privada del trabajador, como los referidos a su estado civil, orientación o conducta sexual, embarazos o abortos de la trabajadora, ni, por cierto, sus convicciones o actuaciones políticas, religiosas, filosóficas, sindicales, ya que ello, como lo señala Sala, supondría no sólo un atentado contra el derecho a la intimidad del trabajador, sino, también, al principio de no discriminación[60].

La tutela de la intimidad del trabajador sobre los datos e informaciones respecto de su persona no se agota, sin embargo, en su derecho a negarse a suministrar aquellos que se considera irrelevantes para la relación laboral, sino, que comprende, asimismo, su derecho a acceder a la información sobre los datos concernientes a él que se encuentre registrados en los archivos y servicios informáticos de la empresa, ya que «el derecho a la información sobre la existencia del fichero debe ser considerado como irrenunciable en el seno de la relación de trabajo»[61].

---

[59] Cfr. MARTÍNEZ FONS, *op. cit.*, p. 34. «De este modo -agrega- se erigen en garantía de la «despersonalización» del contrato de trabajo y, por ello mismo, tutela de la persona del trabajador. Frente a ello los derechos fundamentales inherentes a la persona del trabajador aparecen de forma externa al control limitando la aplicación de ciertos modos de control en la relación de trabajo» (*Ibid*)

[60] Cfr. SALA FRANCO, *op. cit.*, p. 228. En el mismo sentido, SAGARDOY, señala que están prohibidos «los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico o vida sexual» (*op. cit.*, p. 85.). Por su parte, Plá anota, en base al estudio de la legislación comparada que «Puede preguntarse sobre el estado civil para completar los datos identificatorios de la persona, pero no puede avanzarse más sobre el estado de las relaciones dentro de la familia, si cumple sus obligaciones familiares o si está separado de su cónyuge». (PLÁ RODRÍGUEZ, «Protección de la intimidad..., *op. cit.*, p. 352.)

[61] SAGARDOY BENGOECHEA, Juan A., «Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo», en *Cuadernos Civitas*, Aranzadi, Navarra, 2005, *op. cit.*, p. 83. Agrega este autor que «aun cuando no sea preciso el consentimiento para tratar los datos de carácter personal estrictamente necesarios para mantener la relación laboral, ello no exime que el trabajador sea suficientemente informado del objeto y finalidad para la cual le son requeridos determinados datos, de cuál va a ser su posterior utilización, de la previsión de posibles cesiones ulteriores, de los métodos a seguir y de las garantías previstas para conseguir la confidencialidad de tales datos, del control que sobre ellos va a tener el interesado...; a la postre, ilustrar convenientemente al trabajador de la importancia final de la información proporcionada a la vista de las verdaderas razones de la solicitud». *(Ibid.).*

El trabajador, por tanto, debe tener garantizado el control sobre la información que acerca de su persona cuenta el empleador y, también, sobre la que este solicite a terceros, pues sólo a través del conocimiento de dicha información, le será posible discernir si ésta afecta o no su intimidad, con el objeto de exigir la supresión o modificación de la misma.

Por ello, según lo señala GOÑI, la «libertad informática» en el ámbito laboral debería estar integrada por el siguiente elenco de derechos: «el derecho del trabajador a conocer la decisión del empresario de solicitar un informe sobre el trabajador a la agencia de investigación; el derecho del trabajador a que se solicite únicamente información relativa o relevante al cumplimiento de las obligaciones contractuales; el derecho de acceso de los trabajadores a los registros de personal; el derecho a la eliminación de datos obtenidos ilícitamente o irrelevantes a la naturaleza de la prestación; el derecho a la corrección de la información falsa o inexacta; el derecho a controlar la revelación o transmisión de datos registrados por el empresario a terceras personas»[62].

La tutela efectiva del derecho reconocido en el artículo 2.6 CP corresponde, en nuestro ordenamiento constitucional, a la Acción de Habeas Data, prevista en el artículo 200.3 de la misma carta, mediante la cual cualquier persona puede «Conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicios o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales»[63].

7. CONTROL DE LA ACTIVIDAD EXTRA-LABORAL

La actividad extra-laboral del trabajador, vale decir, su vida privada, no puede ser objeto del poder de control del empleador. La subordinación que caracteriza la relación laboral, no supone el sometimiento total de éste a aquel, «no significa que, por efecto de la naturaleza de la prestación, el sujeto pierda su

---

[62] GOÑI SEIN, *op. cit.*, p. 36. Precisa este autor que «Por principio, la facultad del empresario de indagar o de informarse sobre circunstancias extraprofesionales del trabajador «está sujeta a todos los límites que el ordenamiento pone a la libertad de indagación de cualquier sujeto». Sólo los imperativos del interés público y el consentimiento del titular pueden hacer legítimo el acceso a la esfera privada del trabajador. El empresario conserva, no obstante, su facultad cuando el comportamiento extralaboral sea contradictorio con la prestación debida». (ÍDEM., p. 262).

[63] Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), artículo 61°, inciso 2).

esfera jurídica personal de libertad y tenga que entrampar su vida privada y su personalidad en la permanente puesta a disposición del empresario de su fuerza de trabajo»[64].

La regla general es, por consiguiente, que las obligaciones contraídas en virtud del contrato de trabajo, no imponen al trabajador, en su vida privada, extramuros de la empresa, ningún deber de comportamiento, positivo o negativo, gozando de plena libertad para realizar su vida personal sin que lo que haga o deje de hacer en este ámbito pueda tener alguna repercusión sobre la relación laboral[65].

En este sentido, dos límites infranqueables impuestos al poder de control impiden a éste ejercerse respecto de la vida personal del trabajador fuera del ámbito de la relación laboral: uno es el límite funcional, conforme al cual debe contraerse a verificar el cumplimiento de la prestación por el trabajador, y el límite temporal, según el cual esa actividad sólo puede realizarse durante el tiempo en que el trabajador ejecuta su prestación. La vida privada extralaboral del trabajador escapa a esos dos límites, porque es ajena a la prestación laboral y tiene lugar en tiempo distinto al destinado a ésta, razón por la cual todo control que se pretende ejercer sobre esta esfera de la vida del trabajador es absolutamente ilegítimo.

Con todo, estos límites no son rígidos porque pueden existir algunos casos de excepción en los que la vida extralaboral del trabajador pueda tener repercusión sobre su actividad laboral y, en tal sentido, devenir justificado el control del empleador sobre algún aspecto de aquella. Ello suele ocurrir en ciertas relaciones laborales en las que la confianza en el trabajador o la imagen de éste o su rendimiento, son elementos determinantes de la prestación laboral, en el sentido de que sin aquellos faltan esta no podrán efectuarse con diligencia[66].

---

[64] Goñi Sein, *op. cit.*, p. 268.

[65] Afirma De Vicente Pachés que «No cabe ninguna injerencia por parte del empresario sobre las conductas privadas del trabajador fuera del centro de trabajo, siendo éste libre de conducir y de disponer de su vida como crea conveniente. El trabajador en su vida privada no vendrá obligado a comportarse conforme a las obligaciones adquiridas por contrato». (De Vicente Pachés, *op. cit.*, p. 341). Goñi, por su parte, sostiene: «El trabajador en el desarrollo de la prestación puede venir obligado a soportar los controles normales de la actividad de trabajo realizados directamente por el empresario o por sus directos colaboradores, e igualmente los más extraños a la prestación como los registros sobre su persona, en la taquilla o efectos particulares, y en la comprobación médica. Pero concluido el tiempo de trabajo y fuera del centro de trabajo ningún control puede serle impuesto al trabajador, quien es libre de conducir su vida privada como crea conveniente». (Goñi Sein, *op. cit.*, p. 266).

[66] «La especial naturaleza de algunas relaciones de trabajo implican que el trabajador adopte un determinado comportamiento en su vida privada coherente con la finalidad de la

Así, por ejemplo, se menciona el caso paradigmático del empleado de una asociación antialcohólica que habitualmente se embriaga, o el del periodista de un diario católico que tiene a su cargo un consultorio moral y concurre a lugares reputados como inmorales, o el del empleado de banco que frecuenta una sala de juego[67].

Un caso típico que frecuentemente se ofrece como ejemplo de la proyección del poder de control sobre la vida extralaboral del trabajador, es el del futbolista profesional, cuya vida privada tiene innegable repercusión sobre su rendimiento, razón por la cual se reconoce al empleador –el club de fútbol– el derecho a regular ciertos aspectos de aquella[68]. No obstante, como lo señala DE VICENTE PACHÉS, en realidad, en este caso, no es que el futbolista resulte privado del derecho de conducir su vida personal como lo desee, incluso de forma desordenada, sino que la causa para una sanción o la eventual resolución de su contrato de trabajo consistirá, no en dicha conducta, sino en su rendimiento deficiente, como resultado necesario de dicho comportamiento[69]. En otras palabras, la naturaleza de la prestación laboral del futbolista profesional, le impone a éste ciertas exigencias en su vida privada, necesarias para garantizar su rendimiento, pero no le atribuye al empleador una facultad específica para intervenir en su vida privada disponiendo qué conducta observar y cual evitar. Para PLÁ[70], dichas exigencias, tienen la misma explicación que para el trabajador en general.

---

prestación. Una particular característica, pues, de algunas actividades la constituye la extensión de los deberes laborales al ámbito extralaboral o privado del trabajador. Se trata de aquellas «relaciones caracterizadas por una particular estructura o por vínculo fiduciario, en las cuales la vida privada del dependiente puede tener influencia sobre la prestación». (DE VICENTE PACHÉS, *op. cit.*, p. 360.) Para Sala Franco, estas injerencias excepcionales del empleador en la vida privada del trabajador se justifican cuando la conducta extralaboral de éste se concreta «fundamentalmente en pérdida de imagen o de prestigio, lo que puede repercutir lógicamente en sus beneficios económicos». (SALA FRANCO, *op. cit.*, p. 227.)

67 MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 11ª ed. 1990, Tecnos, Madrid, p. 315.

68 Señala PLÁ que «En este caso, el empleador se inmiscuye en mayor medida en la vida privada del trabajador, obligándolo a vivir en las concentraciones, regulando sus alimentos, sus horas de sueño, sus descansos, sus distracciones, etc. (...) Se justifica la intervención del empleador porque el buen estado atlético y, por tanto, el rendimiento en la cancha dependen en gran parte de su alimentación, de sus descansos, del ordenamiento de su vida privada». (PLÁ RODRÍGUEZ, «Protección de la intimidad...», *op. cit.*, p. 352).

69 DE VICENTE PACHÉS, *op. cit.*, p. 363.

70 PLÁ RODRÍGUEZ, Loc. cit. Piénsese, por ejemplo, en el chofer que debe conducir un transporte escolar todas las mañanas y que duerme poco a causa de sus diversiones nocturnas, o de la misma manera en el trabajador que opera una máquina compleja o, finalmente, en el piloto de aeronaves que antes de los vuelos, o en las escalas de los mismos, no debe consumir bebidas alcohólicas.

8. EL CONTROL SOBRE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS DEL TRABAJADOR

Un aspecto estrechamente ligado al derecho a la intimidad es el que se refiere a las comunicaciones privadas del trabajador en el centro de trabajo con otros trabajadores o desde el centro del trabajo hacia personas ajenas a éste. En nuestro ordenamiento constitucional, el secreto de las comunicaciones privadas se encuentra protegido por el derecho específico de toda persona «Al secreto y la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados». enumerado en el numeral 10 del artículo 2° CP, mientras que al derecho a la intimidad personal y familiar se refiere el numeral 7 del mismo precepto. No obstante, con los matices que la doctrina expone al respecto, no puede negarse que existe una innegable conexión entre la protección de la intimidad personal y el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.

Este derecho fundamental puede resultar afectado cuando los procedimientos de control conduzcan a algún grado de interceptación de las comunicaciones del trabajador o permitan conocer, a posteriori, el contenido de éstas.

En opinión de MARTÍNEZ FONS la vulneración de este derecho no necesariamente supondrá la del derecho a la intimidad pues, como lo señala, el derecho del secreto a las comunicaciones posee un «carácter formal», esto que la tutela que dispensa es independiente del contenido material del mensaje, por lo que «Toda comunicación es, de este modo, secreta, aunque sólo algunas, como es obvio, serán íntimas»[71]. A la inversa, en el supuesto de un levantamiento del secreto, dispuesto judicialmente, o con consentimiento del trabajador, si el contenido de la comunicación reviste un carácter íntimo, el empleador o quien lo conozca no puede revelarlo o divulgarlo porque continúa perteneciendo a la esfera íntima de los comunicantes[72].

De otro lado, el elegir un determinado sistema de comunicación, sobre todo aquellos que permiten la comunicación directa y personal entre los sujetos, excluyendo a los terceros, aquellos ejercen una opción destinada a dotar de reserva y confidencialidad su comunicación, aunque esta no se refiera a aspectos íntimos

---

[71] MARTÍNEZ FONS, *op. cit.*, p. 135.

[72] ÍDEM., pp. 178-179. Precisa MARTÍNEZ FONS lo siguiente: «En otras palabras, la ampliación del ámbito subjetivo de difusión de los elementos integrantes del proceso comunicativo no representa consentir la difusión incontrolada de las informaciones dominadas por los sujetos intervinientes en la comunicación. Consiguientemente, resultará proscrita la revelación así como cualquier utilización de lo conocido gracias al levantamiento del secreto de las comunicaciones. El consentimiento, en este sentido, únicamente viene referido a la comunicación y a su contenido en relación con el supuesto concreto». *(Ibid.)*

de aquellos y, con mayor razón, si se refiere a éstos. Esta expectativa de confidencialidad y secreto es la que resulta protegida por el artículo 2.10 CP.

Como es natural, no todas las comunicaciones que se producen en el centro de trabajo o desde este hacia el exterior están referidas a la actividad laboral en sentido estricto. También existen comunicaciones privadas que se desarrollan entre los trabajadores o entre éstos y personas ajenas al centro de trabajo, como familiares o amigos.

Por ello, es importante distinguir entre comunicaciones personales, o privadas, y comunicaciones comerciales. La diferencia entre unas y otras radica en su contenido. Las primeras son aquellas que, por su contenido, son ajenas a la prestación laboral del trabajador y las segundas aquellas que este deber realizar para cumplir su prestación laboral[73]. Hoy en día, son cada vez más intensas las comunicaciones que los trabajadores realizan en nombre de la empresa como parte de su actividad laboral, y en muchas ocasiones ésta consiste, principal o exclusivamente, en realizar comunicaciones.

Parece evidente que las primeras, son ajenas al poder de control del empleador, por lo cual en ejercicio de éste el empleador no puede interceptarlas ni interferir en ellas, salvo cuando el objeto de su control no sea, estrictamente, su contenido, sino detectar el eventual uso indebido por el trabajador de los equipos de comunicación de la empresa o el mal uso del tiempo que aquel debía dedicar a sus labores para realizar conversaciones personales.

Por ello, la hipótesis de que las medidas de control puedan lesionar la intimidad del trabajador y el secreto de sus comunicaciones, sólo emerge cuando aquellas al incidir sobre las comunicaciones comerciales o el uso que el trabajador hace de los equipos de comunicación puestos a su disposición para trabajar, constituyan una injerencia en las comunicaciones personales de éste.

Esta circunstancia es especialmente compleja hoy día con el gran desarrollo de la informática, en razón del cual gran parte de los trabajadores usan permanentemente o, cuando menos, durante una gran parte de su jornada laboral, computadoras personales, que les posibilitan la navegación en Internet y

---

[73] MARTÍNEZ FONS, las define así: «...comunicaciones personales» son todas aquéllas que, con independencia de que se revelen secretos relativos a la intimidad de los comunicantes u opiniones políticas sindicales, no tengan por objeto, ya sea directa o indirectamente, el cumplimiento de las obligaciones laborales. Por consiguiente, gozan de tal carácter las comunicaciones entabladas entre los trabajadores de la empresa durante la jornada de trabajo y cuyo contenido esté desconectado del cumplimiento de la prestación. A *sensu contrario*, deberá adjudicárseles la naturaleza de comunicaciones comerciales a todas aquellas que razonablemente aparezcan relacionadas con el objeto de la prestación del trabajador». (IDEM., p. 179.)

el correo electrónico, que son los dos aspectos de esta forma de comunicación a los que vamos a referirnos.

Respecto a la navegación en Internet, para obtener datos e información útil que está disponible en la red, se plantea el hecho de que el trabajador puede acceder durante la jornada de trabajo, a páginas web ajenas a su actividad laboral, con el objeto de obtener información de utilidad personal o familiar o simplemente entretenerse, o por cualquier otra razón. En principio parece lícito que el empleador pueda implementar un mecanismo de control destinado a conocer si al navegar en la red el trabajador lo está haciendo como parte de su actividad laboral o para facilitarla con la obtención de la información que esta requiere, o si lo hace, por el contrario, lo hace con fines distintos, de carácter personal, y de esta forma, verificar el uso real del instrumento que se le proporciona para trabajar, así como el empleo del tiempo que debe destinar a su labor. Sin embargo, se estima que una forma de control que permita al empleador acceder al conocimiento de las páginas visitadas podría afectar la intimidad del trabajador al revelar el contenido de éstas, por lo que será necesario recurrir a procedimientos que permitan tutelar el interés del empleador, sin necesidad de afectar la intimidad del trabajador[74].

En el ámbito de las comunicaciones, la otra cuestión se refiere al control del uso del correo electrónico, en el cual, a su vez, cabe distinguir, si este se realiza desde Internet o mediante Intranet. En el primer caso, sólo el servidor de conexión es de propiedad del empleador, pero la dirección electrónica es del trabajador, libremente configurada por este, para sus comunicaciones personales. En tal caso, le está vedado al empleador, cualquier injerencia en las mismas, pues estas se encuentran protegidas por el secreto de las comunicaciones privadas, debiendo limitarse únicamente a vigilar el uso de Internet por sus trabajadores[75]. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que «(...) aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no

---

[74] «Gracias a las nuevas tecnologías que hoy disponemos es posible llevar a cabo un control sobre la navegación de los propios dependientes en la red, sin necesidad de lesionar la intimidad ni la libertad de los trabajadores y satisfaciendo el interés empresarial. Así, por ejemplo, se pueden utilizar dispositivos que reflejen el número de horas de conexión durante el tiempo de trabajo y las páginas web visitadas no relacionadas con la actividad laboral, sin necesidad de conocer el carácter de las mismas, hecho que respeta la intimidad del trabajador». (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 94.)

[75] *Ibid.*, p. 97.

puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado»[76].

A criterio del TC, del hecho de que la empresa sea propietaria del sistema de comunicación utilizado por el trabajador, no se puede concluir que este no se encuentra amparado por el secreto de sus comunicaciones, previsto en el artículo 2.10 CP, pues «Aunque, ciertamente puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo»[77].

En tal sentido, la llamada «monitorización» o auditoria interna del correo electrónico, sin presencia de terceros, se considera ilegítima[78]. En la STC antes mencionada, el hecho de que las autoridades de la empresa hubieran procedido a revisar la computadora del trabajador despedido, sin presencia de éste, a quien se le impidió ingresar a la empresa, fue considerado lesivo de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, pues, a su juicio, «(...) si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución»[79].

---

[76] STC del 18 de Agosto de 2004, Expediente N° 1058-2004-AA/TC, FJ.17). El proceso de amparo que motiva la referida sentencia, está referido al despido de un trabajador a quien se acusa de haber utilizado la computadora puesta a su servicio para enviar mensajes de contenido pornográfico a otro trabajador de la misma empresa.

[77] *Ibid.*, FJ.18.

[78] Cfr. Molina Navarrete, Cristóbal, «La protección de los derechos de la personalidad en los lugares de trabajo y nuevas formas de dominación en la era de la globalización», en *Temas Actuales de Derecho Laboral*, Obra Colectiva, Normas Legales S.A.C. 2005, Trujillo, *op. cit.*, p. 276. Apoya éste autor dicha afirmación en sentencias de los tribunales españoles.

[79] STC de 18.08.2004, *op. cit.*, FJ. 21). En este mismo fundamento, la sentencia agrega: «La demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva sólo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley».

Diferente es la situación cuando el correo electrónico se realiza mediante Intranet, pues no sólo el servidor sino la dirección del mismo son de propiedad empresarial; se trata de una herramienta de trabajo puesta a disposición del trabajador para que realice su prestación, supuesto en el cual asiste al empleador el derecho de controlar su correcta utilización. Este control será considerado legítimo cuando «se centra exclusivamente sobre la prestación de trabajo, es decir, un control destinado únicamente a verificar «el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales»[80].

Al pertenecer la dirección del correo electrónico a la empresa, esta tiene la condición de emisora o receptora de los mensajes que se transmiten por este medio, los cuales forman parte de su propia actividad, por lo que es innegable que le asiste el derecho de controlar el uso del correo y el contenido de los mensajes, sin que ello suponga afectación alguna a la intimidad del trabajador. Ahora bien, si el trabajador hace uso de esa dirección para efectuar comunicaciones personales, tales mensajes quedarán expuestos al control empresarial, porque el trabajador «(...) conscientemente está renunciando a su intimidad, puesto que utiliza para fines privados un instrumento de propiedad empresarial dispuesto para uso laboral, sin que pueda ser considerada la actuación del empresario como una violación de la persona del dependiente»[81].

Criterio semejante ha de aplicarse a las comunicaciones telefónicas del trabajador, las mismas que cuando sean de índole personal han de quedar sustraídas a la vigilancia del empleador, pero cuando tengan carácter comercial podrán ser sometidas a su control. En relación a las primeras la interceptación de la escucha telefónica o la escucha clandestina «representa

---

[80] De Vicente Pachés, *op. cit.*, p. 323. Por su parte, para Fernández Sánchez. «Está claro que todos aquellos correos cuyo contenido esté relacionado con la actividad laboral, esto es, los mensajes de trabajo, pueden ser libremente examinados por el propio empresario sin que exista ninguna violación de la intimidad del trabajador Eso sí, la facultad de controlar este tipo de correos asiste sólo al empresario cuyo subordinado es el remitente, pues su examen por parte de un tercero significaría una violación del derecho a la intimidad. Por lo tanto, son los de contenido privado/personal los protegidos contra la intrusión empresarial» (Fernández Sánchez, *op. cit.*, p. 95).

[81] Fernández Sánchez, *op. cit.*, pp. 98-99. En sentido coincidente, Martínez Fons sostiene que «...parece razonable sostener que es admisible un control practicado sobre las comunicaciones siempre que la prestación principal del trabajador deba ejecutarse, esencialmente, a través de los sistemas de comunicación empresariales y, al mismo tiempo, aquél se muestre como el único de los métodos viables de comprobación del correcto desempeño de la prestación de trabajo. No nos queda para finalizar, sino señalar que la adopción de tales sistemas deberá contar con las medidas de garantía suficientes». (Martínez Fons, *op. cit.*, pp. 170-171.)

una ofensa al trabajador en su personalidad y dignidad, y en particular en el derecho a la vida privada»[82]. Sin embargo, no se puede excluir por completo algún grado de vigilancia sobre estas comunicaciones, desde que el uso del teléfono está reservado para la actividad propia de la empresa y, por tanto, el trabajador no puede utilizarlo para fines personales, salvo que cuente con autorización del empleador[83]. En este caso, la protección del derecho fundamental del trabajador, obligará al empleador a utilizar el medio de control menos intrusivo en relación con el fin perseguido sin que, en ningún caso, este suponga acceder al contenido de la comunicación ni, tampoco, a factores circunstanciales de ésta como identificar al interlocutor, porque el ámbito protegido es «(...) el proceso comunicativo en su conjunto y no sólo el contenido del mensaje transmitido»[84].

Diferente es el caso cuando la comunicación misma es el objeto de la prestación laboral, como en la actividad de ventas por teléfono o servicios de información telefónica, en que la función del trabajador consiste en realizar la venta o brindar información por ese medio. Es obvio que en tal caso, no puede discutirse el derecho del empleador a controlar dichas comunicaciones, y acceder a su

---

[82] Goñi Sein, *op. cit.*, p. 152. Por su parte Valdes Dal Ré hace referencia a una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «Y en Halford vs Royaume Uni, los jueces europeos han declarado que las comunicaciones telefónicas efectuadas desde una empresa se encuentran protegidas por el mencionado derecho fundamental, manifestando que los empleados tienen «una razonable expectativa de privacidad» en su lugar de trabajo, que el empresario está obligado a respetar». (Valdes Dal Ré, Fernando, «Los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador», en *Libro de Informes Generales del XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 2003, p. 79.)

[83] La LPCL, tipifica como falta grave, la utilización indebida de los bienes y servicios del empleador por el trabajador (artículo 25°, inc. c).

[84] Martínez Fons, *op. cit.*, pp. 135-137. Señala este autor que: «En otras ocasiones, desde la especificación del ámbito objetivo del derecho al secreto de las comunicaciones, se ha pretendido justificar una de las especies de observación de éstas: las que se realiza registrando el destinatario, el número y la duración de las comunicaciones efectuadas desde los sistemas dispuestos por el empleador. En principio, podría pensarse que la mera evaluación de aquellos datos no significa una intrusión en el secreto de las comunicaciones, por cuanto que éstas ni son impedidas ni se revela su contenido. No obstante, si bien aquella práctica viene siendo admitida de forma unánime y sin mayores consideraciones por los Tribunales Superiores de Justicia, puede afirmarse, a la luz de la doctrina constitucional, que no se ajusta al contenido objetivo del derecho discutido. De conformidad con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, el secreto de las comunicaciones se extiende no sólo al contenido de lo comunicado, sino también a los elementos circunstanciales de la comunicación, y, entre ellos, la identidad de los interlocutores o los corresponsales». *(Ibid.)*

contenido[85], sin que sea válido oponerse a dicha acción alegando la protección de la intimidad del trabajador, pues éste, al emplear una herramienta de trabajo para la comunicación personal, renuncia a aquella y se somete a la correspondiente fiscalización.

[85] En tal caso, los controles dispuestos por el empleador: «Se destinan, en vía directa, a obtener elementos de juicio suficientes acerca de su cumplimiento o, en el último término, a incrementar la seguridad de las transacciones comerciales de la empresa, en cuanto que, además, permiten limitar las pérdidas producidas por robos o fraude (en determinados casos de servicios de venta o transacciones comerciales a través de sistemas como el teléfono)». (Ídem., p. 165).

PRIVACIDAD, TRABAJO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

José Luis Ugarte Cataldo*

1. El ingreso, como lo dice una frase a esta altura canónica, de los derechos fundamentales del trabajador a la fábrica es un hecho irreversible. Pero es, antes que todo, un hecho especialmente subversivo.

Y no lo es, como podría creerse, por razones estrictamente jurídicas.

Nunca nadie dijo, al menos en términos formales del lenguaje del derecho, que el trabajador no fuera el titular de esos derechos, ni que la empresa fuera en un «mundo separado» del resto de la sociedad. De hecho la doctrina del efecto horizontal o entre particulares de los derechos fundamentales se construyo sin refirmas normativas relevantes como en Alemania, España, Chile[1].

Otra cosa es que, en rigor, esos derechos no se ejercieran durante buena parte del siglo XX al interior de las empresas capitalistas pero eso ya no por razones jurídicas sino histórico-culturales. La empresa siempre fue entendida

---

* Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad Diego Portales (Chile).

1 En el caso alemán y el español la justicia constitucional sostendrán, a principios de los cincuenta o ochenta respectivamente, la aplicación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la relación laboral por razones básicamente especulativas: los derechos se aplican a los particulares, incluyendo empleador y trabajador porque corresponden a un orden objetivo de valores contenidos en el orden constitucional. En el caso chileno curiosamente esa idea será recepcionada por un órgano administrativo como la Inspección del Trabajo la que comenzará a sostener a mediados de los noventa la citada horizontalidad de derechos fundamentales.

como un espacio típicamente privado y la relación laboral como una vinculación entre particulares, y por tanto, sin espacio para derechos subjetivos como los fundamentales inespecíficos concebidos como técnicas de control propias de lo público. Por ello, como lucidamente se escribía hace algunos años, «el trabajador, al atravesar la puerta de la fábrica, queda sometido a una ley propia y específica en la que se establecen preceptos obligatorios sobre su comportamiento en casa de su señor, de tal forma que la fábrica aparecía como una zona franca y segregada de la sociedad civil»[2].

Y si ese es el relato de la empresa del primer mundo, ni hablar de lo que sucedía y sucede en la empresa latinoamericana.

Ni tampoco es realmente revolucionario ese ingreso por razones técnico-jurídicas. Mas allá que nos gusten especialmente estos temas, las reflexiones del derecho laboral sobre este tipo de derechos no será nada de novedosas en términos técnicos y jurídicos y se enmarcaran, en rigor, dentro de los caminos que otros –como la teoría del derecho y el derecho constitucional– ya caminaron.

Lo verdaderamente revolucionario de este ingreso es por razones políticas, en cuanto altera de algún modo tanto real como simbólicamente la distribución del poder en la relación laboral. Y eso es especialmente subversivo en sociedades como las latinoamericanas, donde, ya sea por la falta de poder sindical o por la falta de coraje del sistema político y legislativo para regular estas materias, el poder y el derecho siempre estuvieron del lado de una de las partes[3].

Cuando el derecho decide que el trabajador tendrá un espacio u porción de de la realidad que queda bajo la cobertura de la intimidad, entonces, el empleador ha quedado con un trozo menos de poder dentro de la relación laboral que lo vincula con ese trabajador.

Dicho de otro modo, antes del ingreso de esos derechos en ese espacio campeaba la propiedad del empleador. En términos simbólicos, cada centímetro que el derecho le otorga a la privacidad del trabajador, se la resta al espacio de la

---

[2] Baylos, A., *Derecho del Trabajo: un modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991, p. 95.

[3] En el caso chileno la acción de amparo constitucional –el recurso de protección– no produjo en casi 30 años de existencia jurisprudencia alguna en materia de derechos fundamentales inespecíficos del trabajador. En rigor, y sin dejar de en el ámbito laboral la única y casi exclusiva jurisprudencia de protección es a favor de las empresas y en contra de la Dirección del Trabajo –por razones o de libertad de trabajo o de derecho de propiedad–. Es harto obvio que ello no se debió a que la empresa chilena fuera especialmente escrupulosa en el respeto de los derechos fundamentales del trabajador, sino que históricamente el legislador nacional nunca se preocupo de establecer ni normas sustantivas que establecieran dichos derechos, ni procesales que le dieran cauces procesales efectivos a los mismos. Todo hasta la reforma procesal laboral de la ley N° 20.087.

propiedad, espacio, diríamos nuevamente en términos simbólicos, sagrado en latinoamericana.

Ahí está –en la alteración de la distribución de poder– la verdadera revolución de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador en las relaciones laborales, más que en la explosión de nuevos tecnicismos jurídicos –novedosa de todo punto de vista– de los juristas dedicados a estas cuestiones.

2. Desde la dimensión estrictamente jurídica el cruce entre trabajo y privacidad impone dos cuestiones fundamentales para resolver: primero, como se va a determinar el contenido de ese derecho de cara a su ejercicio dentro de la empresa, y segundo, como se van a resolver los eventuales conflictos que ese ejercicio genere con los poderes del empleador.

Dicho de otro modo, y parafraseando nuevamente la celebre expresión, si la intimidad va a ingresar a la fábrica quedan dos inquietudes centrales por responder: cuanta intimidad entra con el trabajador y como se arreglará el problema que ese ingreso provocará con la propiedad del empleador.

El primero es el problema que técnicamente se denomina del ámbito protegido del derecho a la privacidad o de la delimitación del derecho. El segundo es el problema de la solución de los conflictos entre ese derecho y el derecho –también fundamental– del empleador a decidir que hacer en su empresa, ya sea que eso se encaje en la propiedad privada, como en Chile (artículo 19 numero 24 de la CPE), ó en la libertad de empresa como en Perú (artículo 59 de la Constitución de 1933).

EL ÁMBITO PROTEGIDO CON EL DERECHO A LA PRIVACIDAD Y SU IMPACTO EN EL LUGAR DE TRABAJO

3. La primera piedra en el camino, en ese sentido, es la obvia acerca de lo que se quiere decir con intimidad o privacidad. El problema es que la respuesta tiene poco de obvia.

La clásica distinción entre concepto y concepciones nos ayudará a ilustrar el punto. Existe casi un consenso en decir, como concepto, que la privacidad es aquel espacio que una persona legítimamente quiere mantener alejado del conocimiento del resto. Y suele distinguirse, a continuación, en palabras de GARZÓN VALDÉS, la intimidad –espacio de «los pensamientos de cada cual, de la formación de las decisiones, de las dudas que escapan a una clara formulación, de lo reprimido, de lo aún no expresado»– de lo privado – «ámbito de los deseos y las preferencias individuales». El primero esta protegido por la discreción y su velo corresponde develarlo sólo a su titular, el segundo esta sujeto a las reglas de convivencia que el contexto cultural y social impongan[4].

---

[4] GARZON VALDES, E., «Privacidad y publicidad», en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Argentina, 1999, pp. 9-11.

El punto es que desde ahí se construyen las más variadas concepciones sobre lo que debe quedar comprendido dentro de la privacidad, lo que explica quizás, el festín de definiciones sobre ese punto[5].

En todo caso, más allá de la aparente pluralidad de ideas sobre lo íntimo y lo privado, resulta posible relevar dos grandes líneas de la reflexión y en algún sentido de la praxis jurídica acerca de lo que dicho derecho debe reflejar.

Una posibilidad es entender como privacidad el derecho a un espacio vital cuyo acceso queda vedado para los otros, eso que se ha denominado derecho al secreto. Puestos en palabras de CARBONNIER «el derecho del individuo de tener una esfera secreta de vida, de la que tenga poder de alejar a los demás»[6].

En ese espacio opaco al que el individuo tiene derecho, hay que precisarlo, caben numerosos aspectos de la vida: ideas y creencias religiosas, la vida sexual y amorosa, vida familiar, estado de salud, comunicaciones escritas u orales, la vida pasada del sujeto, orígenes familiares, estado civil, y en general «todo dato, hecho o actividad personal no conocidos por otros, cuyo conocimiento por terceros produzca turbación moral o psíquica al afectado»[7].

En algunas tradiciones legales el contenido de la privacidad como secreto es complejo y abarca todos los aspectos de la vida privada bajo un solo derecho –como en Estados Unidos– y en otros –como en Chile o en el Perú– los distintos aspectos de la privacidad han dado lugar a diversos derechos aunque todos interrelacionados –a la vida privada, la imagen, la intimidad, la inviolabilidad de las comunicaciones–.

La otra dimensión de la privacidad es entenderla, además, como autonomía. En este caso, como se ha destacado, corresponde al derecho a adoptar decisiones respecto de la propia vida sin la injerencia de terceros –derecho general de autonomía–[8]. Es, para decirlo en forma sencilla, el ideal del autogobierno.

Así, «cuando hablamos de privacidad pensamos, a un tiempo, en dos cosas, o que se nos excluya –según la formula de SARTRE– de la mirada de los otros

---

[5] Como lo describe CORRAL por privacidad puede entenderse cosas tales como el derecho a ser dejado solo, el derecho a tomar decisiones personales, el derecho al control de la información personal, el derecho a la inaccesibilidad, el derecho a excluir a terceros de la información personal, el derecho sobre el acceso cognoscitivo. O todas ellas a la vez (nociones cuatripartitas) o parte de ellas a la vez (nociones tripartitas o bipartitas). Ver CORRAL TALCIANI, H., «Configuración Jurídica del derecho a la privacidad II: concepto y delimitación», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, N° 2, 2000.

[6] CARBONNIER, J., *Derecho Civil*, t. I, Bosch, 1965, p. 239.

[7] NOVOA MONREAL, E., *Derecho a la vida privada y libertad de información*, Siglo XXI, 1977, p. 46.

[8] PEÑA, C., «Informe sobre el proyecto de ley de protección al honor y la intimidad de las personas», en *Cuaderno de Análisis Jurídico*, vol. 1, UDP, 2004, p. 78.

(privacidad como intimidad), o que en cambio, nuestra voluntad cuente respecto de nosotros mismos y respecto de los demás y que nos constituya como sujetos (privacidad como autonomía)»[9].

Por ello, mientras una exige opacidad, la otra supone todo lo contrario: visibilidad. Y en esa perspectiva, ambas dimensiones de la privacidad tienen sentido para el trabajador y sirven para moldear la relación entre ese derecho y el poder empresarial.

Mientras la privacidad como secreto le permite al trabajador mantener en la opacidad aspectos de su vida, denegando el acceso al panóptico empresarial, la privacidad como autonomía le permite al trabajador algo muy distinto: constituirse como sujeto propio y único, visibilizando su peculiar e individual percepción del mundo ante un espacio social tensionante a dicha visibilización, como es la empresa.

Para decirlo de un modo sencillo, que el empleador no intrusee el correo electrónico del trabajador es una exigencia de la privacidad –o del secreto de las comunicaciones, según corresponda– como espacio secreto; que el empleador deba respetar el modo que el trabajador diseña y modela como será visto en sus afueras –con aros, piercing o una barba al modo clásico o como miembro de una minoría sexual o cultural– deriva de la privacidad como autonomía.

4. Es evidente que de estas dos concepciones recién retratadas la cultura legal latinoamericana ha girado en torno a la que ve en lo íntimo y lo privado un expansión de la propiedad, a veces simplemente material, identificando el hogar con lo privado, a veces como espacio inmaterial, protegiendo zonas de la vida –como las comunicaciones– que deben quedar alejadas del conocimiento de terceros.

Pues bien, aquí sostendremos que sí, como ya explicamos, el derecho laboral continental ha decidido proteger de diversas formas –acciones de tutela, amparo, legislación, etc.– la intimidad y privacidad del trabajador, entonces, los resultados de dicha operación de tutela estarán fuertemente condicionados por el tipo de concepción de la misma que se potencie, no siendo –para decirlo de otro modo– indiferente con que tipo de contenido dotemos al derecho de la privacidad del trabajador.

Y no sólo eso. Diremos que el mejor costado de la protección de la intimidad para los trabajadores no se vincula con la concepción dominante en la cultura legal latina –la privacidad como secreto–, sino con la concepción de la inti-

---

[9] Peña, C., «Notas sobre las relaciones entre privacidad y autonomía», en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Argentina, 1999, p. 70.

midad como autodeterminación. En efecto, aquí sostendremos que si ya la incorporación de la privacidad al interior de la relación laboral –efecto horizontal de los derechos fundamentales– es un hecho relevante para los derechos de los trabajadores en general, la introducción de la privacidad de la mano de una concepción dogmática amplia –entendiendo la misma no sólo como secreto sino también como derecho de autodeterminación– es un hecho significativo para la sociedad en su conjunto, en cuanto vigoriza y aumenta el pluralismo y la disidencia social.

La razón de esto es que, si la intimidad y privacidad se entiende de un modo complejo y compuesto –tanto como derecho a la reserva y secreto como derecho a la autonomía– entonces no sólo opera como un límite al poder empresarial dentro de la empresa, sino que, además, puede proveer de un potente resguardo al pluralismo social, en el sentido del respeto a los modos de vida que cada uno desee sostener, particularmente los trabajadores. Pluralismo social que es, a todo esto, componente básico y nuclear de una sociedad política democrática.

Pero cabe ser un poco más explicito: ¿qué tiene que ver la democracia con mirar la privacidad de los trabajadores desde la autonomía?

La relación es fundamental pero no evidente: las mejores teorías de la democracia contemporáneas la explican como un como un procedimiento deliberativo entre ciudadanos que concurren a esa deliberación pública y razonada sin sujeciones arbitrarias de terceros, lo que exige un espacio de constitución de la voluntad libre de interferencias arbitrarias o coacciones. Pues bien, ese espacio, precisamente, es el que nos asegura la privacidad como autonomía.

Ahí lo privado y lo público lejos de ser antagonistas se suponen uno al otro. Para ser ciudadanos activos en el proceso de debate público que supone la democracia requerimos de un espacio privado que nos permita constituirnos como sujetos dialogantes que estén en condiciones de decidir como queremos presentarnos a nosotros y a nuestras ideas ante el resto. De ahí «la idea –sugerida por la experiencia griega– que lo publico se soporta en lo privado y que, por lo mismo, el deterioro de lo privado acaba desmedrando lo público»[10].

Ahora el transito de lo privado a lo público no se hace desde la nada, sino de un espacio comúnmente olvidado que es lo social. El sujeto que al amparo de la autonomía que la privacidad le asegura se construye a sí mismo no llega al espacio de la deliberación pública –la democracia– desde la nada. El sujeto

[10] Peña, C., «Notas sobre las relaciones entre privacidad y autonomía», *op. cit.*, p. 71.

transita desde lo privado a lo publico mediatizado por un compleja red de espacios que lo tiene como actor tales como juntas vecinales, grupos ciudadanos de las más variada índole, sociedades científicas como las que nos reúnen ahora, y por supuesto, la empresa y el trabajo, y en fin todo aquello que constituye eso que se denomina espacio social.

Y ahí entonces, entre lo privado y lo público se cuela lo social. Y aparece con luz destellante la empresa por una cuestión que no es difícil de advertir: hay pocas dudas de uno de los espacios sociales más relevante para buena parte de las personas en las sociedades modernas es la empresa y la compleja red de relaciones que se construyen en torno a ella.

Y la pregunta surge, obvia, en ese punto: ¿como podrá un ciudadano construir y sostener en el espacio público de la deliberación democrática el discurso de la diferencia –en particular de las minorías sexuales, religiosas, culturales– si en el espacio más relevante de las sociedades modernas –el trabajo– esas diferencias son reprimidas y sujeta a la coacción del empleador?

En ese punto, lo privado como un derecho de contenido amplio muestra toda su sutil relevancia: nos permite retirarnos hacia nosotros mismos, opacando a los ojos de lo público nuestro espacio intimo, pero al mismo tiempo, nos permite volver sobre nuestros pasos para volcar hacia afuera eso que hemos construido y moldeado alejado de las miradas, mostrándonos como ciudadanos autónomamente constituidos.

Lo relevante de la privacidad, entonces, no es sólo que nos permite mantener alejado de las miradas del panóptico empresarial nuestros correos electrónicos, sino que nos permite mostrarnos tal como hemos decidido ser en un espacio social marcado por el poder autoritario como es la empresa. Es aquí, a todo esto, cuando se esgrime la privacidad como autonomía, donde el trabajador se vuelva ciudadano propiamente tal.

Y ahí queda poco que agregar: en sociedades fuertemente autoritarias y homogéneas como las latinoamericanas, que un derecho fundamental –como el de privacidad– vigorice la diversidad y el disenso social, y permita consecuencialmente refinar el pluralismo político y la democracia, es una muy buena noticia.

A esta altura cabe preguntarse: ¿existe apoyo teórico a lo que aquí hemos presentado como una atractiva opción político-jurídica de expansión de la privacidad del trabajador?, o de otro modo: ¿la concepción amplia que acabamos de describir –vinculando la privacidad no sólo al secreto sino también a la autonomía– es razonable como opción teórica en la aplicación de los derechos fundamentales más allá del atractivo político al que hemos hecho alusión en la líneas anteriores?

Cabe decir, para salvar desde ya las dudas, que la opción de fijar un ámbito protegido extenso de la privacidad –o amplio– es especialmente coherente, desde el punto de vista teórico, con el modo de aplicación que progresivamente se ha ido imponiendo en la tradición latinoamericana para resolver los problemas a que dan origen la tensión entre este derecho –y en rigor cualquier otro derecho fundamental del trabajador– y los derechos y poderes constitucionales del empleador, la denominada ponderación de derechos.

Dicho de otro modo, si la denominada ponderación o balanceo será, como parece ser, el modo en que los sistemas legales comenzarán a resolver los difíciles casos a que da lugar la aplicación de derechos fundamentales del trabajador que colisionan con los derechos fundamentales del empleador, entonces, la opción aquí retratada de una concepción amplia o extensa de la privacidad del trabajador es plenamente razonable y coherente.

EL PROBLEMA DE LA COLISIÓN ENTRE DERECHO A LA PRIVACIDAD Y LOS PODERES DEL EMPLEADOR

Una vez fijado el ámbito protegido por el derecho de la privacidad o intimidad –ya sea en términos estrechos o amplios– queda una segunda cuestión tan relevante como la primera: como se hace para solucionar aquellos casos donde este derecho del trabajador se encuentra cara a cara con facultades o poderes del empleador que corresponde, a su turno, a una parte del ámbito protegido de uno o más derechos fundamentales del empleador –como la propiedad–.

Dicho de otro modo: como debería resolverse los múltiples cruces entre parte de la realidad que se entiende, corresponde a la privacidad o intimidad del trabajador –tales como correo electrónico, hábitos personales, opciones sexuales, etc.–, con las restricciones o eventuales invasiones que en el ejercicio de sus facultades podría ser impulsadas por empleador y que derivan de su condición de titular del derecho de propiedad o de la libertad empresarial.

Por supuesto, antes que todo, existe la posibilidad de que exista legislación que resuelva ese cruce. No tenemos noticia de que exista algo así –una normativa legal laboral que regule sistemáticamente el problema– aunque sabemos que hay normativa que resuelve algunos aspectos particulares o específicos del problema: la regulación del correo electrónico en el trabajo (Regulations of Investigatory Powers Act. 2000 en Inglaterra) o la solicitud empresariales de información sobre hechos privados como la maternidad o el estado de deuda comercial (artículos 194 y 2 del Código del Trabajo chileno).

Y ante tal anomia legislativa, sólo nos queda encontrar la solución desde el texto constitucional. Y aquí, brevemente, existen tres opciones relevantes que, como es obvio, no provienen de la dogmática laboral, sino de la teoría constitu-

cional que intenta responder acerca del modo más razonable para solucionar este complejo tipo de problemas. En el mercado de las ideas constitucionales existen varias posibles respuestas a una colisión entre derechos fundamentales:

La primera respuesta, y en algún sentido más obvia, es negar el conflicto o colisión. Esta posición –un tanto optimista– sobre el asunto y muy popular en la tradición jurídica latinoamericana, pasa por sostener que cada derecho tiene un ámbito protegido o contenido fijo y definitivo, y que entre ellos existe una suerte de armonía simétrica dada por la correcta delimitación de uno respecto del resto de los derechos fundamentales. En este sentido, se afirma que «los supuestos usualmente planteados como colisión entre derechos o entre derechos y bienes constitucionales, son en realidad seudo colisiones, no debiendo ser resueltos a través de la ponderación de bienes, sino por la vía de esclarecer interpretativamente o delimitar el contenido del derecho que se trate»[11].

De este modo, la intimidad o privacidad del trabajador «encaja» perfecta y simétricamente con la propiedad del empleador, de modo tal, que habiendo un problema sobre el punto, sólo corresponde aplicar el adecuado método jurídico interpretativo para saber de qué lado está la situación o porción de la realidad que ha dado lugar al litigio: de la vereda de intimidad o de la vereda de la propiedad del trabajador, nunca de ambas al mismo tiempo.

En Chile, algo de esta postura se detecta en la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo sobre el correo electrónico (Dictamen 260-19 2001):

> «De acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores. La razón de lo anterior corresponde a la naturaleza de comunicación privada protegida constitucionalmente que este Servicio le reconoce al correo electrónico de los trabajadores».

Leída en clave de teoría constitucional, lo que ese órgano de aplicación del derecho laboral esta sosteniendo es algo así como lo siguiente: el contenido del correo del trabajador es siempre y en todo caso parte de la privacidad –o inviolabilidad– del mismo, no pudiendo en ese espacio o porción de la realidad operar el derecho de propiedad. El contenido del correo nunca queda como parte de la propiedad del empleador, y en consecuencia, nunca podrá existir el conflicto entre derechos.

---

[11] SERNA, P. / TOLLER, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 65.

El límite entre ambos derechos esta perfectamente delineado: cuando se intenta transitar desde la determinación de la forma o modalidad en que se usa el correo, cuestión que esta del lado del ámbito protegido de la propiedad del empleador, hacia la revisión del contenido del correo electrónico, cuestión que esta ya dentro del ámbito protegido de la privacidad del trabajador.

No hay ahí espacio para ninguna colisión de derechos entre empleador y trabajador, porque los límites de cada derecho pueden ser delimitados con perfecta simetría entre ellos. Es obvio, que esta tesis se conecta directamente con la que antes denominamos teoría estrecha del contenido protegido.

Los problemas de esta tesis son variados: primero, cuesta creer que sea posible determinar con exactitud el contenido definitivo de un derecho fundamental, especialmente, supuesto que se trata de normas de principios –y no de reglas– cuya estructura es esencialmente abierta e indeterminada.

¿Cómo determinar exactamente y para siempre de qué lado de cada derecho esta cada una de las situaciones, posiciones o intereses que se protege con la privacidad y con la propiedad respectivamente?

Es posible que exista pleno acuerdo en el núcleo de un derecho, pero esa seguridad se desvanece según nos alejamos hacia la periferia del contenido del derecho. En el caso de la privacidad, pocas dudas caben que, por ejemplo, la vida sexual del trabajador es parte relevante de su contenido, pero es obvio que no habría tanta seguridad para sostener que la vida comercial o los antecedentes criminales son parte de ese contenido. Sobre todo, si una vez que lo ubicamos dentro del derecho respectivo, ese contenido deviene en definitivo e interrogable.

Segundo, aún cuando eso se logrará y tuviéramos derechos perfectamente delimitados, eso no impide que existan conflictos con otras normas constitucionales de derechos, ya que tal como señala MARTÍNEZ «disponer de normas perfectamente delimitadas no significa que éstas tengan que encajar perfectamente como las piezas de un puzzle, puestos que pueden suponerse unas con otras»[12]. Nada impide, entonces desde el punto de vista lógico, que a pesar de lograr tener las normas de derechos fundamentales quirúrgicamente delimitadas estas entren conflictos y sea necesario revisar como se resuelve la tensión entre ellas[13].

---

[12] MARTINEZ Z., D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 190.

[13] Pareciera que la libertad de expresión del trabajador perfectamente delimitada no incluye proferir las injurias o insultos, y que por tanto, insistimos bien delimitada, nunca podría colisionar con la honra del empleador. Esta a su turno, incluye el derecho a no ser objeto de expresiones injuriosas. Ambos derechos están perfectamente delimitados respecto de una conducta del trabajador como es injuriar al empleador. No hay posibilidad según esta

En efecto, podemos decir, como veíamos lo hace la Dirección del Trabajo en Chile, que el contenido de un correo electrónico es parte de la vida privada y no del derecho de propiedad del empleador. Pero ¿qué ocurre si el correo es el de la empresa?, y más aún ¿qué ocurre si es el personal del trabajador, pero a resultas de su revisión el empleador, advierte el robo o la perdida de información estratégica de la empresa?

Aunque nunca haya sido explicitado históricamente en la cultura legal latinoamericana una especie de variante de esta tesis es la que dominó –de facto– las relaciones laborales en sociedades como las latinoamericanas: entre la vida privada –y en rigor entre todos los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador– y la propiedad, no existían conflictos porque ambas nunca se encontraban. La empresa como espacio de fuerte connotación patrimonial –amparado por el sacro derecho de propiedad– no era lugar para ejercer derechos como la privacidad o la intimidad de los trabajadores, más bien todo lo contrario: al ritmo de la cadena fordista autoritaria de trabajo nadie tenía derecho a la opacidad de la que provee la privacidad.

Las dos restantes tesis suponen reconocer la existencia genuina del conflicto entre principios constitucionales que establecen derechos fundamentales y en este caso, entre privacidad del trabajador y propiedad o libertad empresarial del empleador, aunque sea para entender que: a.) el conflicto es relativamente sencillo de resolver porque los derechos están jerarquizados y b.) el conflicto es relativamente difícil, pero existe una solución razonable: la ponderación.

En el primer caso se encuentra la tesis – que podríamos calificar de «optimista ingenua», de quienes junto con reconocer la colisión, creen ver una forma de solución sencilla y expedita que, en rigor, le quitaría dramatismo al problema. Esa fórmula simple de solución consiste en constatar la existencia

---

tesis de colisión. Pero, cabe preguntarse: ¿es eso realmente así? ¿Y qué ocurre si el trabajador molesto por un reciente accidente del trabajo o por el no pago reiterado de sus remuneraciones insulta al empleador? Esa acción de qué lado queda: de la libertad de expresión del trabajador o la afectación del derecho de la honra del empleador. La jurisprudencia chilena, aplicando el articulo 160 número 1 del Código del Trabajo que justifica el despido por «injurias» del trabajador en contra del empleador, ha argumentado cosas como que «los hechos expuestos por el empleador para pretender fundamentar la aplicación de la causal invocada, expresados formalmente recién en el acto de contestación de la demanda, a juicio de estos sentenciadores, y apreciando la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, no tienen intrínsecamente la gravedad suficiente para configurar la causal formal invocada dado que en los ambientes laborales rústicos, como corresponde a aquel donde el trabajador prestaba sus servicios, las expresiones que se han señalado como proferidas por él no tienen el disvalor laboral que podría sustentarse en otro tipo de ambiente laboral» (Corte de Apelaciones de la Serena, 23.02.2001, Rol 1930).

de un orden jerárquico entre derechos fundamentales. En este caso, bastaría reconocer en que ubicación se encuentran los derechos fundamentales en juego, para dar primacía al considerado más importante en el orden respectivo. Así de sencillo y expedito.

En Chile esta tesis ha sido sostenida, entre otros, por CEA quien sostiene que «tiene que ser reconocida la disparidad de jerarquía entre los derechos esenciales, comenzando con el presupuesto de todos, o sea, la dignidad para proseguir con la vida e integridad personal», explicitando que ese orden jerárquico de prelación está conformado por «el derecho a la vida y la integridad personal, continuando por la intimidad, el honor y la inviolabilidad del hogar; siguiendo a la información y reunión; para concluir con el Orden Público Económico, dentro del cual se hallan la libre iniciativa empresarial, la libre apropiabilidad de los bienes y el dominio ya adquirido o propiedad, en sus diversas especies»[14].

La pregunta es obvia trasladada a nuestro problema: ¿qué derecho se supone que esta primero en el supuesto orden de jerarquía abstracto de los derechos fundamentales: la privacidad del trabajador o la propiedad del empleador?.

Se trata de una tesis muy difícil de aceptar tanto en términos científicos –no existe tal orden– como normativos –no debería existir tal orden– y con resultados prácticos absurdos[15]. De ahí que haya sido fruto de numerosas críticas; primero, es un orden intuitivo en cuanto no está nada claro el método ni la justificación de como se construye tal jerarquía[16]; segundo, encubre elecciones ideológicas evidentes –el orden de los derechos es un orden desde una ideología de los mismos–[17]; tercero, es un orden generalmente

---

[14] CEA, JL. El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica, U Austral, Santiago, 1999, p 172.

[15] De hecho, tomársela muy en serio tiene resultados impresentables. Eso le ocurrió a la Corte Suprema chilena que en el tristemente célebre caso Impunidad Diplomática de Martorell –el libro de las fiestas dionisiacas entre empresarios y políticos en la embajada de Argentina– donde se despacho con un ramplón considerando numerológico la compleja colisión entre derecho a la honra y vida privada vs. libertad de expresión: el primero esta ocho números antes que el segundo, así que todo resuelto. Ver CRAIG, Lusick *et al.* con CAMMARELLA, Martorell *et al.*, en *Revista Derecho y Jurisprudencia*, t. XC, 1993.

[16] Como explica RUIZ TAGLE, que llama a estas doctrinas «pontificias», esta postura es intuitiva porque «no responde a un criterio de derecho positivo, sino que emana de una intuición; es lo opuesto a lo públicamente razonado», «asumiendo como propias doctrinas de origen pontificio o basadas en encíclicas papales». RUIZ TAGLE, P., «Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile», en *Revista de Derecho Público*, vol. 63, Universidad de Chile, 2001, p. 183.

[17] Como lo destaca PRIETO SANCHIS, «como la decisión categoría de un grupo o una ideología que, desde una filosofía política homogénea, diseña un marco unívoco y cerrado»»se trata más bien de lo que se ha dado en llamar una regulación principialista donde se recogen derechos sin especificar sus posibles colisiones, ni las condiciones de precedencia de unos

insuficiente[18]; y cuarto, produce un resultado práctico absurdo como es la devaluación total de ciertos derechos fundamentales –los del final del supuesto orden– que pasan a convertirse en «derechos cenicienta». Como explican SERNA y TOLLER «la tan manida jerarquía entre los derechos o no existe, o al menos no basta en la práctica para decidir la composición de un litigio. Una jerarquía cerrada implica no tomar en serio todos los derechos, porque algunos siempre quedarán diferidos en las controversias judiciales ante la presencia de otros de rango superior. Se generará así la grave injusticia de que los titulares de determinados derechos verán siempre sucumbir sus derechos en las litis donde se topen con quien detente un derecho abstracto superior en jerarquía»[19].

La tercera y última opción, que comienza a gozar hoy de especial popularidad en nuestra dogmática latinoamericana, es entender que existen genuinas colisiones de derechos fundamentales –como la que precisamente se produce en diversos casos entre privacidad del trabajador y la propiedad empresarial– y que, además, existiría un modo razonable de solución de esas colisiones. Exige eso sí, un modo de aplicar del derecho distinto al común –la subsunción– que la teoría constitucional denominada ponderación. La razón de ello es que se no se trata de aplicar reglas, sino principios entendidos como «mandatos de optimización» que ordenan hacer algo, a diferencia de las reglas, no de modo definitivo y determinado, sino en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible.

Y si los derechos fundamentales son principios, entonces, se trata de derechos restringibles que tienen un contenido inicial – o a prima facie– que puede verse transitoriamente restringido si ese derecho colisiona con otro derecho fundamental.

---

sobre otros». PRIETO SANCHIS, L., «El constitucionalismo de los derechos», en AA.VV., *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007, p. 218. Por ello, es difícil de aceptar que el orden propuesto – por ejemplo por CEA– sea un orden objetivo y racional, sino que, como es obvio, parecen expresar las personales preferencia ideológicas en la materia de sus redactores. Ello explicaría precisamente porque a CEA se le olvida en su orden de prelación las «igualdades» como derechos fundamentales de los personas.

[18] Como explica CONTESSE, refiriéndose al orden de derechos de CEA, «si ese es el orden de prelación de los derechos fundamentales es claro que el listado que presenta es incompleto, pues sólo incluye los derechos contemplados en los numerales 1, 4, 5, 12, 13, 21, 23, 24 y 25 del artículo 19; eso es así, a menos que el autor considere que la libertad de conciencia (6), la igualdad (2), el debido proceso(3), la libertad de asociación (15), entre otros, no son derechos fundamentales». CONTESSE, J., «Reglas y principios en Chile: ¿jerarquía entre los derechos constitucionales?», en AAVV, *Sobre la cultura jurídica chilena*, Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Universidad de Valparaíso, 2002, p. 78.

[19] SERNA, P / TOLLER, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales, op. cit.*, p. 26.

LA PONDERACIÓN Y LA PROPORCIONALIDAD COMO MODO DE RESOLVER EL CONFLICTO PRIVACIDAD VS. PODERES DEL EMPLEADOR -PROPIETARIO-

La ponderación consiste en la asignación por parte del aplicador del derecho de peso o fuerza a un derecho fundamental por sobre otro derecho fundamental con el que se encuentra en conflicto, mediante el establecimiento de una jerarquía axiológica, cuya aplicación da como resultado que «un principio (el considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable»[20].

Esa jerarquía axiológica fijada para solucionar un caso de conflicto o colisión de derechos fundamentales, sin embargo, no es permanente sino móvil: «el conflicto no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los dos principios sobre el otro, la solución del conflicto sólo vale para el caso concreto y, por lo tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros»[21]. Así, por ejemplo, en la colisión de derechos fundamentales que se produce entre la facultad de mando y control del empleador, derivada de su derecho constitucional de propiedad, colisiona con la intimidad del trabajador cuando aquel exige conocer los antecedentes criminales del trabajador.

Una primera vista del caso, llevaría quizás a sostener que el empleador no puede conocer dichos antecedentes del trabajador porque son irrelevantes para la prestación de servicios contratada –siendo su interés leve– pero afectando seriamente un aspecto sensible de la privacidad de una persona –lo errores del pasado–, debiendo ceder la propiedad a favor de la intimidad. Pero esa jerarquía es sólo móvil, depende del caso planteado y no es permanente: ¿que ocurre si la función del trabajador es el cuidado de niños? Parece obvio que la jerarquía tendera a invertirse: la intimidad cedería a favor de la propiedad[22].

---

[20] MORESO, J.J., «Conflictos entre principios constitucionales», en AAVV, *Neoconstitucionalismo*, Trotta, 2000, p. 103.

[21] GUASTINI, R., *Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Gedisa, España, 1999, p. 34.

[22] Esta es precisamente la solución adoptada, previa ponderación, por la Dirección del Trabajo en un caso similar: consultada por La Fundación Coanil sobre la posibilidad de exigir un certificado de antecedentes penales a sus trabajadores que cuidaban niños, y de luego de reconocer la aplicación directa en esta materia de los derechos fundamentales a la no discriminación y a la intimidad del trabajador, señalaba que «el único caso en que debe admitirse como lícito la exigencia de un certificado de antecedentes corresponde a aquellas tareas o funciones que, por su naturaleza, exijan de modo indubitado, como parte de capacidad o idoneidad para su ejecución o desarrollo, la ausencia de antecedentes criminales o penales, que en el caso de la recurrente, queda restringido a las tareas del personal que tiene como función principal y directa la atención de niños o jóvenes con discapacidad, no pudiendo sostenerse dicha exigencia, en caso alguno, respecto de las restantes tareas o funciones desarrolladas por la fundación empleadora» (Dictamen N° 3.840/194, del 18.11.02).

La ponderación, dicen sus partidarios, no es una actividad irracional del juez ya que se encuentra metodológicamente gobernada por el principio de proporcionalidad. Y esté, como señala ALEXY, puede ser explicado con una simple formula: cuanto mayor es el grado de la afectación de uno de los derechos un juego, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

¿CÓMO OPERA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD?

El principio de proporcionalidad, en su versión más sofisticada, implica la realización de tres juicios o sub-principios en el que se ha denominado «test alemán»[23]: el de la idoneidad, el de la necesidad y el de la proporcionalidad en sentido estricto. Esto es, para decidir sobre la justificación de una restricción de un derecho fundamental (el del trabajador), que viene impuesta por el ejercicio de otro derecho fundamental (el del empleador), es necesario preguntarse, en orden transitivo, si dicha restricción es idónea, necesaria y proporcional.

El juicio de idoneidad exige que la restricción al derecho fundamental de que se trate permita alcanzar efectivamente un fin legítimo, entendiendo por tal, un fin o interés de naturaleza constitucional.

La idea relevante en este sub-principio es rechazar, por desproporcionadas, las medidas o conductas inidóneas del empleador[24]. Dicho de otro modo, el juez de tutela debería rechazar las medidas del empleador que persigan un fin constitucional legítimo –protección de derechos fundamentales propios o de terceros– cuando la medida o conducta no contribuye en forma relevante al fin inmediato buscado.

---

[23] El principio de proporcionalidad es, en ese sentido, una exitosa construcción teórica alemana que constituye, en palabras de ALEXY, el nudo gordiano de la ponderación, y que ha permitido justificar racionalmente la aplicación de normas que tienen el carácter de principios como las que establecen derechos fundamentales. Especialmente desarrollado por el Tribunal Constitucional alemán, que lo hace derivar de la «esencia de los derechos fundamentales», ha sido seguido por diversos órganos de justicia constitucional en el derecho comparado, como el español o el italiano. Por todos ver ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 2008.

[24] En Chile es frecuente que los reglamentos internos de orden, higiene y seguridad, que por ley son de exclusiva confección del empleador, se encuentren plagados de medidas restrictivas de derechos fundamentales del trabajador que, en principio, no tienen mayor idoneidad para lograr los supuestos objetivos empresariales perseguidos: prohibición de tener relaciones sentimentales con compañeros de trabajo, prohibición de usar piercing o aros, exigencia de usar tal o cual corte de pelo, etc. La imaginación empresarial en Chile en esta materia es potente, la pregunta que debe hacerse desde la proporcionalidad es en que sirven efectivamente estas medidas para lograr finalidades adscritas a derechos fundamentales del empleador. Si la respuesta es de nada, entonces, se trata de medidas no idóneas y por tanto lesivas de derechos fundamentales del trabajador que deberían ser reprimidas por la acción de tutela.

En uno de los primeros casos planteados en Chile sobre esta problemática, el denominado caso del polígrafo, fue la pretensión de una empresa aérea de «controlar el consumo y tráfico de drogas al interior de la empresa», por vía de someter a los trabajadores a un detector de mentira, esta fue rechazada por la autoridad fiscalizadora por considerarla una medida no idónea e inconducente para el fin perseguido, y que afectaba diversas garantías constitucionales del trabajador, entre ellas la intimidad del trabajador.

El dictamen 684/50, del 06.02.1997, concluye que «el uso del polígrafo aplicado a la selección de personal, así como a los trabajadores que actualmente se desempeñan en su empresa, para los fines de prevenir delitos, contrabando y tráfico de drogas y estupefacientes, es contrario al orden jurídico laboral chileno»[25].

Al juicio de necesidad, por su parte, le importa que la medida o restricción del derecho fundamental sea indispensable para lograr el fin legítimo, no existiendo una alternativa más benigna con el derecho fundamental en cuestión. En ese sentido, será necesaria y proporcionada la conducta del empleador que restringe derechos fundamentales del trabajador sólo cuando no exista un

---

[25] Este caso, junto a otros como el control del peso, motivó que en la reforma laboral del año 2001 (ley N° 19.759) se incorporara una nueva norma legal sobre la materia –el artículo 154 del Código del Trabajo– que establece expresamente la exigencia de idoneidad y necesidad para las medidas de control de los trabajadores: «en general toda medida de control, sólo podrá efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador». Por otra parte, en un interesante caso la Corte Constitucional colombiana tuvo que decidir si la decisión empresarial de modificar el turno laboral de una trabajadora, incluyendo ahora en su jornada laboral la prestación de servicios en día sábado, lesionaba su libertad religiosa atendido que su credo le impedía trabajar en dicho día. La empresa justificaba el cambio en que con dicha medida aumentaría «la productividad de la empresa» y «el sentido de pertenencia de los trabajadores a la misma».La Corte consideró desproporcionada la conducta empresarial del cambio porque el «medio elegido no sólo no es necesario para llegar al fin propuesto, sino que puede ser contraproducente. Existen diversas formas de optimizar el desempeño de una empresa, diferentes al simple aumento de las horas que debe laborarse. De hecho, el aumento no tiene necesariamente que hacerse a todos en el mismo horario del sábado, sin reparar en las diferencias entre los trabajadores, ya que una persona que se sienta violentada en sus convicciones religiosas, obligada a laborar un sábado no dedicará el pleno de sus capacidades, ni hará esfuerzos por mejorar la productividad. En este sentido la medida puede ser contraproducente. Respecto al otro fin mencionado por el director administrativo (generar sentido de pertenencia y mejorar el trabajo en equipo) considera la Sala que no es claro cómo puede conseguirse este objetivo al añadirse tres horas de jornada laboral adicional los días sábados. Antes bien, también podría llegar a ser una medida contraproducente» (T-982 del 2002).

medio menos gravoso de obtener el objetivo perseguido[26]. A veces este juicio parcial de la proporcionalidad ha sido también denominado como «principio de indispensabilidad», en el sentido de evaluar si la medida empresarial es indispensable para el logro de un fin empresarial legítimo.

En el conocido caso «deshuesador de jamones», un *leading case* del tema de los derechos fundamentales en España, la exigencia empresarial de que el trabajador permitiera la grabación y difusión por televisión de su trabajo –cortar y trozar jamones ibéricos–, y que derivo en el despido del trabajador ante su negativa, fue considerada lesiva de su derecho a la propia imagen por innecesaria[27]. La razón, en palabras del Tribunal Constitucional:»los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquéllos (al margen de los conectados de forma necesaria con el objeto mismo del contrato) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar –por parte de quien pretende aquel efecto– que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra» (STC 99/1994).

---

[26] ALEXY señala que el juicio de necesidad y de idoneidad responde al ideal de la eficiencia u óptimo de Pareto. Eso no parece ser así, ya que el óptimo paretiano es aquel en que todos los sujetos ganan, sin que ninguno pierda, y aquí los trabajadores efectivamente pierden: ven restringidos sus derechos aunque en forma tolerable o razonable. En rigor, dichos juicios propios de la ponderación –el de la idoneidad y la necesidad– dicen relación más bien con la situación de «eficiencia de Kaldor-Hicks» u «mejora de Pareto», en donde los costos que soportan unos son menores que los beneficios que reportan otros, y estos están dispuestos a compensar la pérdida. Precisamente en los casos aquí analizados se presenta esa situación: los costos que soportan los trabajadores al ver restringidos sus derechos fundamentales se compensan por la ventaja que de ello obtenga el empleador siempre que ésta sea mayor que aquéllos. Sobre el análisis económico del derecho y los derechos de los trabajadores, ver UGARTE, J. L., *Análisis económico del derecho: el Derecho del Trabajo y sus enemigos*, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2001

[27] Como destaca PARDO FALCÓN con esta sentencia «el TC deja a un lado los criterios que tradicionalmente había venido empleando a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las restricciones de que pueden ser objeto los derechos fundamentales del trabajador en el seno de la empresa para empezar a operar sobre la materia con otras técnicas expresamente concebidas por la ciencia del Derecho Constitucional cuando de tales derechos fundamentales se trata; técnicas que van a reforzar, además, la posición de éstos en ese específico marco contractual hasta el punto de erigirlos en verdaderos límites de los poderes jurídicos de que dispone el empresario como consecuencia de la relación laboral». PARDO FALCÓN, J., «Los derechos fundamentales como limites de los poderes jurídicos del empresario», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 49, 1997, p. 299.

En un interesante caso en Chile, la Dirección del Trabajo efectuó este juicio de necesidad para rechazar la medida implementada por un empleador en el ejercicio de sus facultades derivadas de su propiedad sobre la empresa. La empresa que perseguía un fin legítimo como es el mejor control del tiempo de trabajo, finalidad adscrita a su derecho de propiedad, decidió implementar un registro de control de tiempo de ida y de regreso a los servicios higiénicos de los trabajadores. Esa medida del empleador es idónea porque efectivamente permite controlar el tiempo de trabajo, pero no fue considerada necesaria: provoca una restricción del derecho de la intimidad del trabajador que no se justifica porque existen otros medios menos invasivos y más benignos con la intimidad de los trabajadores para controlar el tiempo de trabajo de los trabajadores[28].

En el mismo sentido, recientemente la Dirección del Trabajo evaluó un nuevo sistema informático de control de los trabajadores denominado WIN VNC, que permite el control a distancia de los computadores de los empleados, como si el empleador estuviese delante directamente del computador controlado. Al respecto, dicho organismo de fiscalización lo considera lesivo del derecho de intimidad del trabajador porque: «en virtud de este principio de proporcionalidad, se exige que la medida limitativa, en este caso el control por medio del referido programa computacional, sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa, lo que, en la situación en análisis, evidentemente no ocurre, ya que existen variadas otras formas que el empleador puede utilizar para controlar la prestación de los servicios y que son menos restrictivas de los derechos fundamentales del trabajador, especialmente en lo referido al derecho a su intimidad» (3441/072 del 20.08.08).

---

[28] La argumentación –vía ponderación– de la Dirección del Trabajo, en dictamen 4541/319, del 22.09.1998, señala que «si bien es cierto el empleador empresa Costa S.A. tiene una amplia órbita de facultades para administrar su empresa–amplitud que es correspondiente con los atributos del derecho de propiedad de que es titular–, sin embargo debe tenerse presente que en un Estado de Derecho, el legítimo ejercicio de estas facultades de administración encuentra su justo límite en los derechos y garantías constitucionales que jurídica y valóricamente estén investidas de igual o mayor significación. En este sentido, al dejar establecido el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República que asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, se fija un límite a las facultades de administración del empleador –las que desde luego no deben interferir ni perturbar el ámbito personal y privado de sus dependientes– lo que a todas luces ocurre al pretender medir el tiempo de permanencia de los trabajadores en los servicios higiénicos».

Por último, se utiliza el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Sólo si la restricción es considerada idónea y necesaria, corresponde, y sólo en ese caso, revisar si, además, es proporcional en sentido estricto.

Cuando, para el logro de una finalidad legítima derivada de un derecho fundamental, se requiere indispensablemente la restricción de otro derecho fundamental de modo tal que la satisfacción de uno sólo puede realizarse a costa del otro, debe aplicarse el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que en los términos de ALEXY puede expresarse, como ya lo habíamos adelantado, en la denominada ley de la ponderación: cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de no satisfacción de un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro[29].

Esta operación supone tres pasos básicos; primero, determinar el grado de afectación o restricción de un derecho fundamental; segundo, determinar el grado de importancia del derecho que opera en sentido contrario; y tercero, debe compararse ambos para establecer si la importancia de uno justifica la restricción del otro. Para hacer operativa esta operación de asignación de peso, y por ende, permitir la comparación entre los derechos en colisión, ALEXY propone una escala tríadica de intensidad: grave, media o leve.

En el juicio de proporcionalidad en sentido estricto el derecho más importante, de acuerdo al juicio de valor de intensidad efectuado, atendido las premisas normativas y fácticas ya señaladas, desplaza al derecho menos importante para ese caso en concreto. Como lo ejemplifica BERNAL PULIDO «la afectación de la vida y la salud de una niña, que se origina al permitir a los padres evangélicos no llevarla al hospital, podría catalogarse como intensa, dado el peligro de muerte; de forma correlativa, la satisfacción de la liberta de culto de los padres, que se derivaría de dicha permisión sólo como media o leve»[30].

Opera, entonces, el núcleo de la ponderación en sentido estricto: la comparación entre el grado de intensidad de la afectación del derecho fundamental, en nuestro caso del trabajador, con el grado de importancia del derecho fundamental en que se sostiene la conducta que genera la colisión, en nuestro caso del empleador. La finalidad de esa comparación es el establecimiento de la relación de «precedencia condicionada»: de precedencia porque un derecho desplaza la satisfacción del otro derecho, y condicionada porque sólo vale para esa colisión en esas circunstancias en concreto.

---

[29] ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales, op. cit.*, p. 71.

[30] BERNAL PULIDO, C., «Estructura y límites de la ponderación», en *DOXA*, Alicante, N° 26, 2003, p. 228.

En el caso «kronos», un caso inaugural de la nueva acción de tutela derechos fundamentales de la nueva reforma procesal laboral chilena, el juez del trabajo de la ciudad de Copiapó decidió que el despido fundado en la revisión de las conversaciones de messenger que habían quedado registradas accidentalmente en el disco duro del computador de la empresa, constituía un conducta lesiva del derecho fundamental de privacidad de la trabajadora. La razón era que se trataba de una afectación grave de dicho derecho que no se encontraba compensada por un interés relevante respecto del derecho de propiedad de la empresa, aún cuando dicha revisión le había permitido al empleador determinar que se había enviado documentación de su propiedad a una funcionaria de otra empresa.

Esta asignación de peso o importancia de los derechos colisionados, en todo caso, corresponde a una relación de precedencia condicionada (ALEXY) o de jerarquía móvil (GUASTINI), que se construye desde el caso concreto, y no tiene el carácter de absoluta o fija, porque nada impide que en otros casos se revierta la atribución de pesos utilizada, y triunfe el derecho fundamental ahora derrotado.

UNA ADVERTENCIA FINAL: LOS LÍMITES DE LA PROPORCIONALIDAD

La recepción de la ponderación y la proporcionalidad para resolver este tipo de cuestiones, en buena parte derivada de la acuciante influencia que la doctrina española esta ejerciendo en nuestras reflexiones laborales latinoamericanas, no deberían hacernos caer en un optimismo ingenuo, perdiendo la vista acerca de que no se trata de un formula «a prueba de errores», que nos provea en todos los casos de soluciones que unánimemente reconoceríamos como las mejores.

Lejos de eso, la apelación a la ponderación y balanceo entre derechos puede terminar en una formula retórica que encubra la arbitrariedad, sino estamos consientes de sus límites:

No es un método científico de solución de controversias si por eso entendemos un método cien por ciento predictivo, que nos permita encontrar siempre y en todo caso, la única y mejor respuesta posible. Ese método no existe, por de pronto, en nada que tenga que ver con el derecho.

Tal como se ha señalado críticamente no existe un ponderómetro que mida objetivamente, para el caso que nos interesa, los grados de afectación que la conducta del empleador produjo en la privacidad del trabajador, por lo que es inevitable la valoración judicial de estas cuestiones. Pero ello no significa que se trate de un modo arbitrario.

Ello, porque no se trata, como lo aclara ALEXY, de construir un orden cardinal de valores que pudiera expresarme en forma métrica sobre una medida común. Efectivamente, no existe un ponderómetro, sino el uso de una escala ordinal de valores, que se construye sobre apreciaciones cualitativas sobre el grado de afectación e importancia de los principios en juego, y a la que se les asigna sólo de modo metafórico una valoración de peso e intensidad.

Su fortaleza, a nuestro juicio, no es que nos provea de la respuesta correcta o científicamente correcta a estos problemas, que insistimos no existe, sino que nos permite superar el déficit argumentativo con que se suelen resolver estas cuestiones en nuestras tradiciones jurídicas.

Antes de que el juez latinoamericano sortee el problema de la revisión del correo electrónico o de la exigencias de información personal o económica o sexual del trabajador, bajo la sencilla pero opaca formula de excluirlos, vaya a saber uno porque vericueto interpretativo, del derecho a la vida privada o la inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador, parece más razonable que nos diga para ese caso porque la conducta del empleador ha de ser considerada idónea, necesaria y proporcionada.

Con esa sencilla explicación, en nuestras tradiciones, hemos ya ganado mucho.

PONENCIAS LIBRES

EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR

Orlando De Las Casas de la Torre Ugarte[1]

I. INTRODUCCIÓN

La época actual muestra un cambio sustantivo en la forma de llevar en un centro de trabajo los sistemas de control. Basta dar una mirada a situaciones de lo más cotidianas.

Vemos, por ejemplo, que el uso de cámaras de video resulta frecuente en diversos centros de trabajo. El ingreso y permanencia a una entidad bancaria igualmente implica el estar bajo la observación de cámaras de video estratégicamente ubicadas, las mismas que procuran tener debidamente observados no solamente a los trabajadores sino también al público.

El hecho de llamar a determinadas entidades (básicamente bancarias o de telefonía) a efectos de realizar algún reclamo o consulta, tiene como paso previo la advertencia que «la llamada podría estar siendo grabada», con lo que una vez más trabajador y cliente (su conversación en realidad) terminan siendo registrados.

Además de la instalación de cámaras de video, nos enfrentamos a prácticas como la revisión de los bolsos y maletines (y hasta la revisión corporal de los trabajadores), tan frecuentes en los supermercados, laboratorios, farmacias, y en general en todo centro de trabajo en el que fuera factible que los trabajadores sustraigan bienes.

Algunas de las medidas mencionadas seguramente serán consideradas como lícitas y permisibles, otras serán de dudosa legalidad; otras sin duda

---

[1] Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú, cursa actualmente la Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio encargado del Área Laboral del Estudio Forsyth & Arbe Abogados. Miembro de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

serán abiertamente ilegales. De allí que nos preguntemos cuál es la razonabilidad para la adopción de ese tipo de medidas.

Nos surge la duda de la constitucionalidad o legalidad de esas prácticas, y en todo caso de cuál sería el límite a las mismas.

Y uno de los límites que encontramos a la adopción de las medidas de fiscalización y control de los empleadores está en el respeto y vigencia del derecho fundamental a la intimidad de los trabajadores.

En el presente trabajo intentaremos definir en qué consiste el derecho fundamental a la intimidad, y contrastarlo con algunas de las prácticas de vigilancia y de control en las empresas. Se busca tratar de delimitar el uso de los métodos de control, a fin de evitar que se transgreda el derecho constitucional a la intimidad.

II. LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL INTERIOR DE LA RELACIÓN LABORAL

El trabajador, por el hecho de serlo, no pierde la calidad de persona. Siendo así, los derechos fundamentales aplicables a toda persona, son también aplicables a los trabajadores, con lo que la afectación de los derechos fundamentales se puede dar al interior de una relación laboral.

ROJAS (citado por UGARTE[2]) desarrolla esa misma idea, cuando señala que los derechos fundamentales «... rigen inmediatamente como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones privadas, que no solamente forman parte de los derechos del ciudadano ante el poder público, **sino en cualquier situación y frente, también, a otro sujeto privado**» (resaltado nuestro).

CANESSA[3], explicando la vigencia de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral indica que la finalidad de los derechos laborales «... es compartida con los derechos civiles, cuando estos últimos protegen la libertad de las personas ante el peligro del Estado. Con la equiparación entre el poder privado de la empresa con el poder público del Estado no se pretende sobredimensionar el poder del empleador, sino simplemente subrayar su imperio dentro de las relaciones laborales. El poder del empresario que se sostiene en la subordinación del trabajador puede ser un elemento que haga peligrar la libertad de los trabajadores».

---

[2] UGARTE, José Luis, «El derecho a la intimidad y la relación laboral», en *Doctrina, Estudios y Comentarios N° 139*, 2000, p. 9 (el texto puede ser encontrado en www.dt.gob.cl/1601/articles-65179_recurso_1.pdf).

[3] CANESSA MONTEJO, Miguel, *Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo – OIT*, Pontificia Universidad Católica del Perú y PLADES, p. 104.

Queda claro que el trabajador es titular de los derechos fundamentales (que les son reconocidos a todas las personas, y que resultan aplicables al interior de la relación laboral) se encuentra bajo una situación especial de protección frente a los actos del empresario que pudieran afectar los mismos. Siendo de esta manera, el reconocimiento y vigencia de los derechos fundamentales resultarían en buena cuenta una garantía contra los eventuales abusos, excesos o violaciones de parte del empleador[4].

De la misma manera, el reconocimiento de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral implicaría la fijación de límites a la actuación de las facultades del empleador, límites que como ya indicamos, dependerán de aspectos como el orden público, la moral social, los derechos de terceros; o de criterios como el principio de proporcionalidad. Dicho de otra manera, el poder del empleador resultará «... limitado por el conjunto de derechos fundamentales del trabajador, y no solo por los específicamente laborales ...»[5].

Por ello la importancia de entender el derecho fundamental a la intimidad, a fin de ver la forma en que actúa y tratar de determinar los límites que se imponen al empleador.

III. DERECHO A LA INTIMIDAD

Los antecedentes del derecho fundamental a la intimidad los podemos encontrar hacia finales del siglo XIX alrededor de la noción norteamericana del *rigth of privacy* o derecho a la privacidad, que justamente refiere el derecho de todo individuo de guardar para sí aquellos aspecto de la vida íntima o familiar que así lo considere (referencia, además, que como veremos más adelante, nos lleva a una de las definiciones del derecho a la intimidad). Esta constatación respecto de los antecedentes del derecho a la intimidad es recogida por especialistas como EGUIGUREN PRAELI[6] o PACHECO ZERGA[7].

---

[4] Para comprobar la afirmación puede verse la STC del 23 de febrero de 2006 (Exp. N° 9707-2005-PA/TC) sobre dignidad e integridad personal; la STC del 25 de abril de 2006 (Exp. N° 6128-2005-PA/TC) sobre dignidad e integridad personal; las sentencias del 5 de junio de 2006 (Exp. N° 01875-2006-PA/TC), del 25 de junio de 2004 (Exp. N° 00666-2004-PA/TC) y del 4 de marzo de 2004 (Exp. N° 217-2004-PA/TC) sobre igualdad y no discriminación; o la STC del 5 de julio de 2004 (Exp. N° 0090-2004-PA/TC) sobre derecho al honor.

[5] BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 90.

[6] EGUIGUREN PRAELI, Francisco, *La Libertad de Expresión e Información y el Derecho a la Intimidad Personal. Su desarrollo actual y conflictos*, Palestra, Lima, 2004, p. 94.

[7] PACHECO ZERGA, Luz, «El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos: un estudio de derecho comparado», en *Revista Laborem N° 6*, año 2006, p. 23.

Pero lo fundamental (más allá de las referencias históricas del origen) es que el derecho a la intimidad, desde un inicio, tuvo una directa relación con el ámbito de la vida personal del individuo, vida personal que no tiene porque estar al alcance de nadie, o que no tiene razón para que sea puesta en conocimiento de terceros a menos que la misma persona así lo quiera.

Y es que la parte más íntima de toda persona no tiene porqué ser conocida por nadie. Como señala BENDA (citado por BLANCAS), el derecho a la intimidad «... consiste en el derecho de toda persona a rehusar a cualquiera, e incluso al Estado, el acceso a la esfera interna de su persona, esto es, a disponer de una esfera de intimidad no perturbada por nadie ...»[8]. La idea central es que aquellos aspectos propios de la esfera íntima de una persona (o de un trabajador, cuando nos encontramos dentro de una relación laboral) no puedan ser puestos en conocimiento o comunicados a nadie, ya sea a la opinión pública o a un grupo determinado de personas (entro los que podrían encontrarse otros trabajadores), ya que hacerlo afectaría el derecho a la intimidad.

¿Cuáles son los aspectos que deben ser considerados como parte de esa esfera íntima de la persona (y por lo tanto dentro de lo que podríamos considerar como inherente al derecho a la intimidad)? Dicho de otra forma, ¿cuáles son los aspectos de titularidad de toda persona que no tienen porqué ser puestos en conocimiento de nadie?

OJEDA AVILÉS y GORELLI HERNÁNDEZ nos brindan una primera aproximación, cuando nos señalan que el derecho a la intimidad se refiere al «... reducto individual dotado de pleno contenido jurídico que ha de quedar preservado de todo tipo de intromisión extraña ...»[9]. De igual forma, estos mismo autores anotan que el derecho a la intimidad «...tiene como objetivo básico, la protección de la esfera espiritual, afectiva o íntima de la persona y su circulo familiar ...»[10]. En esa misma línea, RIVERA LLANO (citado por EGUIGUREN PRAELI) indica que el derecho a la intimidad es el «... territorio reservado a la curiosidad pública, absolutamente necesario para el desarrollo humano y donde enraíza la personalidad ...»[11]. FERNÁNDEZ SESSAREGO reconoce la intimidad de la vida

---

8 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *op. cit.*, p. 191.

9 GORELLI HERNANDEZ, Juan / OJEDA AVILES, Antonio, *Diccionario Jurídico Laboral*, Comares, Granada, 1999, p. 211.

10 *Ibid.*, p. 211.

11 EGUGUREN PRAELI, Francisco, «Libertad de Información y su Relación con los Derechos a la Intimidad y al Honor: el caso Peruano», en *Ius et Praxis, Derecho en la Región*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile, año 6, N° 1, ISSN 0717-2877, p. 6 (el texto completo se puede encontrar en http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19760112.pdf).

privada en todos sus aspectos, siendo además objeto de protección jurídica «... con los únicos límites del asentimiento de la persona o de la existencia de un prevaleciente interés social ...»[12].

BERNALES (citado por BLANCAS BUSTAMANTE), dándole contenido a la esfera íntima de la persona, indica que ésta «... está conformada por el conjunto de hechos o situaciones de la vida propia que pertenecen al ser humano como una reserva no divulgables ...»[13]. BENDA (citado nuevamente por BLANCAS BUSTAMANTE) señala que «... no se trata únicamente del ámbito defendido de la curiosidad ajena por un sentimiento natural de pudor, es decir, no sólo y especialmente de la esfera sexual, sino también de los defectos, particularidades o achaques físicos, fe y conciencia, aficiones, gusto por coleccionar objetos y otras inclinaciones, extravagancias, simpatías y antipatías, así como convicciones políticas o de otra naturaleza ...»[14].

GARCÍA TOMA[15] indica que el ejercicio del derecho a la intimidad conlleva a los dos (2) aspectos siguientes: la preservación de no conocimiento ajeno, de ciertos aspectos o manifestaciones de la vida privada (personal y familiar) y el establecimiento jurídico de una suerte de distancia o discreción por parte de terceros, a efectos de no atentar contra los sentimientos o costumbres personales o familiares. Siendo así, el mismo GARCÍA TOMA[16] nos señala que el derecho a la intimidad pone a salvo de cualquier intromisión lo siguiente:

1. La revelación de ideas o convicciones personales.
2. La revelación de la vida afectiva y sexual.
3. La revelación de afecciones físicas o psíquicas no ostensibles socialmente.
4. La revelación de hechos o sucesos generados en el pasado y vinculados con el ámbito personal o familiar.
5. La revelación de comportamientos personales, susceptibles de desmejorar la estima social.
6. La revelación –surgida por situaciones fortuitas– de partes del cuerpo habitualmente cubiertas.

VILLARIÑO PINTOS, al referirse al derecho a la intimidad señala que «... habrá de considerarse, simplemente, el entorno inmediato y los aspectos más reservados

---

[12] FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las Personas*, 5ª ed., Cultural Cuzco, p. 61.
[13] BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *op. cit.*, p. 192.
[14] *Ibídem*, p. 192.
[15] GARCÍA TOMA, Víctor, *Los Derechos Humanos y la Constitución*, Gráfica Horizonte, Lima, 2001, p. 103.
[16] *Ibid.*, p. 103.

de la propia persona y de su vida privada, en cuyo ámbito no puede legitimarse ningún tipo de intromisión y, por lo tanto, tampoco la obtención de datos relativos al mismo. Respecto a ellos la persona tiene la más absoluta protección, salvo, es obvio, que ella misma los haga públicos ...»[17].

Vemos, de las referencias citadas, lo amplio que puede llegar a ser el derecho a la intimidad. Sin embargo éste va aun más allá, alcanzando aspectos como la imagen (figura corporal y fisonomía) o la voz; la captación o difusión no autorizadas de fotografías, videos, grabaciones o filmaciones; la información que pueda producir la intromisión, intrusión y divulgación de hechos que puedan perturbar la reserva y privacidad, y que se produzcan sin el consentimiento del titular[18].

La amplitud del derecho a la intimidad nos podría hacer pensar que éste termina siendo absoluto, irreductible. Sin embargo no es así.

Podrían existir (y de hecho existen) situaciones que ameritan, pese a la aparente intromisión en la esfera personal de una persona, el conocimiento e inclusive la divulgación de aspectos que en apariencia terminan siendo íntimos.

Tenemos por ejemplo que TORRES ALVAREZ[19], refiriéndose específicamente a la posibilidad de fiscalizar el uso del correo electrónico de los trabajadores, señala que podría existir un conflicto entre el derecho a la intimidad del trabajador y el derecho de fiscalización del empleador. El mencionado autor concluye que el derecho a la intimidad (como todos los derechos) no es absoluto, sino que tiene límites, determinados en función de su contenido esencial.

En ese mismo sentido se pronuncia CASTILLO CÓRDOVA, cuando indica que «... el derecho podrá ser limitado, restringido, sacrificado en su contenido (no esencial), siempre y cuando exista una justificación para el sacrificio ...»[20]. VALDÉS DAL-RE, citado por BLANCAS nos señala que «... los derechos de la persona del

---

[17] VILLARIÑO PINTOS, Eduardo, «Los Derechos de la Persona en el Ámbito de las Tecnologías de la Información «, en *El Derecho a la Intimidad y a la Privacidad y las Administraciones Públicas*, BELLO JANEIRO, Domingo (dir.) y HEREDERO HIGERAS, Manuel (coord.), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1999, p. 20.

[18] Estos temas son detallados por Francisco EGUIGUREN en su libro *La Libertad de expresión e Información y el Derecho a la Intimidad Personal*, Palestra, 2004, pp. 117 y 122.

[19] TORRES ALVAREZ, Hernán, «Derecho a la Intimidad del Trabajador y la Facultad de Fiscalización del Empleador en el Uso del Correo Electrónico», artículo publicado en *Actualidad Laboral*, febrero de 2003, p. 48 (el texto puede ser encontrado en http://www.estudioeliasmantero.com/biblioteca/pdf/revistas/2003/al_02_03.pdf).

[20] CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos Constitucionales. Elementos para una Teoría General*, Palestra, Lima, 2005, p. 243.

trabajador no se sustraen a la regla según la cual el ejercicio de los derechos fundamentales debe realizarse en términos que resulten compatibles con los demás derechos, bienes y valores constitucionales, lo que significa que no son absolutos sino limitados, no obstante lo cual '(...) como cualquier otro derecho fundamental (...) sólo pueden experimentar restricciones por otros derechos, bienes y valores de rango equivalente', siendo esta '(...) una propiedad que no puede arrebatarse a los derechos de la persona del trabajador so pena de negar su fundamentalidad'...»[21].

Siendo así, ¿cómo podemos saber cuáles son los límites al derecho a la intimidad? No existen reglas exactas que nos permita resolver esta pregunta, sin embargo si existen criterios a considerar, y dentro de estos, debemos mencionar el principio de proporcionalidad, por el que se debe «... ponderar entre daños y beneficios, es decir, acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del derecho ...»[22]. Esto nos lleva a hacer un análisis caso por caso, en que de manera efectiva se pueda ponderar la pertinencia o justificación de una medida determinada, o cuando ésta puede terminar afectando el derecho a la intimidad.

Pero además de la ponderación, existes siempre una parte del derecho a la intimidad que resulta ser intocable. Para tratar de identificar cuál es esta parte intocable, debemos pasar a analizar cuál es el contenido esencial del derecho a la intimidad.

IV. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD

Pese a las referencias formales (legislación internacional como nacional, a la que nos referiremos más adelante), y pese a la aproximación relativamente detallada que hemos pretendido efectuar, resulta bastante complicado tratar de determinar el contenido esencial del derecho a la intimidad. Esta situación es resaltada por EGUIGUREN PRAELI, cuando señala que «... resulta bastante frecuente que la mayoría de Constituciones regulen el derecho a la intimidad personal y familiar sin hacer referencia a su contenido y alcances ...»[23].

PAREJO ALFONSO tiene una opinión similar, cuando refiere que «... la intimidad es, pues, una noción y un concepto culturales, imposible de determinar con

---

[21] BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *op. cit.*, p. 123.
[22] *Ibid.*, p. 131.
[23] EGUIGUREN PRAELI, Francisco, *op. cit.*, p. 111.

carácter general (tarea sólo verificable en el caso concreto y en manos, por tanto, básicamente del Juez), como incidental ...»[24]. Esta afirmación nos parece particularmente importante, ya que nos muestra como el derecho a la intimidad (o su afectación) puede variar dependiendo de una cultura u otra, lo que hace que en el análisis del caso concreto al que nos referimos en el punto precedente, consideremos también el comportamiento y las costumbres sociales.

Pero al hablar del contenido esencial del derecho a la intimidad, de lo que se trata es de intentar lograr la plena efectividad del derecho a través de una garantía de cumplimiento.

¿Cómo determinamos en contenido esencial? CASTILLO CÓRDOVA[25] hace una esquemática presentación de lo que se debe entender como contenido esencial de un derecho fundamental (como es el derecho a la intimidad), señalando que la garantía del contenido esencial está determinada cuando se dispone que en ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en esencia.

Recurriendo a la doctrina del Tribunal Constitucional Español, el mismo autor nos señala que para dicho foro existen dos (2) caminos complementarios para tratar de aproximarse a la idea del contenido esencial de un derecho fundamental:

Para el primero, «... constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo *aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así* ...»[26].

El segundo está determinado por «... aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos»[27].

Nuestro Tribunal Constitucional, si bien no ha seguido de manera literal lo antes señalado, respeta criterios similares. A manera de ejemplo tenemos la Sentencia 1417-2005-AA/TC (Manuel Anicama Hernández contra la Oficina de Normalización Provisional), que hace expresa referencia al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. A continuación haremos referencia a los aspectos principales:

---

[24] PAREJO ALFONSO, Luciano, «El Derecho Fundamental a la Intimidad», separata de *Ius et Praxis*, editada por la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Nos. 21-22, enero-diciembre 1993, Lima, p. 48.

[25] CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *op. cit.*, p. 236.

[26] Sentencia del tribunal Constitucional Español 11/1981 (f.j. 8, primer párrafo) citada por CASTILLO CÓRDOVA, *op. cit.*, p. 237.

[27] *Ibid.*, p. 238.

- En primer lugar, en el punto 21 del fundamento 2.4, la Resolución nos señala que «... todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume». De acuerdo a ello, «... **el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación** ...» (resaltado nuestro).
- En el punto 22 del fundamento 2.4 señala que el contenido protegido por parte de un derecho fundamental, y, más específicamente, el contenido esencial de dicho derecho, sólo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto.

Del mismo modo (pero con bastante menos detalle) encontramos referencias expresas al contenido esencial de un derecho en la Sentencia 1417-2005-AA/TC. La Razón de Relatoría del expediente 8058-2006-PA/TC señala expresamente que «... en la STC 1417-2005-PA publicada e el diario oficial El Peruano el 12 de julio de 2005, este Tribunal ha señalado que forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de tal derecho ...».

Pero también la afectación al contenido esencial de un derecho fundamental podría venir de una disposición legal. En este caso tenemos lo señalado por el Tribunal Constitucional Peruano en Expediente N° 2868-2004-AA/TC (José Antonio Alvarez Rojas contra el Ministerio del Interior) en donde se señaló que «... el contenido esencial de los derechos constituye un 'límite implícito derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente'. Y es que una cosa es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, suprimirlo (...) de ahí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones dependen de que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuáles se practica la restricción ...».

En los casos citados lógica siempre fue la misma para determinar en qué consiste el contenido esencial: permitir un núcleo de acción que permita la existencia misma del derecho, o lo que es lo mismo el contenido esencial de un derecho (como el derecho a la intimidad) estará determinado por aquellas condiciones que necesariamente deberán estar presentes para que el mismo exista.

V. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Habiendo definido las características del derecho fundamental a la intimidad, y como debe operar el contenido esencial, corresponde ahora ver el reconocimiento legal del mismo.

EGUIGUREN PRAELI[28] señala que hasta hace no mucho, el derecho a la intimidad lo encontrábamos disgregado en un conjunto de otros derechos tales como la libertad de conciencia, el derecho a guardar reserva, la inviolabilidad de domicilio, de las comunicaciones, de la correspondencia, etc.

El mismo EGUIGUREN indica que el reconocimiento expreso en las constituciones y pactos internacionales de derechos humanos resulta ser relativamente reciente[29], señalando que «... hasta hace no mucho tiempo la protección de un derecho a la intimidad o a la reserva de la vida privada aparecía disgregada en un conjunto de otros derechos ...»[30].

En ese mismo sentido opina Jesús P. RODRÍGUEZ, catedrático de la Universidad de Vigo[31], cuando refiere que el derecho a la intimidad, pese a ser de los considerados «innatos» que históricamente fueron recogidos en las declaraciones de Derechos, no se encontraba formulado en esas Declaraciones (RODRÍGUEZ dice que estaba recogido «no en la letra»).

No pretendemos determinar en qué otros derechos encontramos de manera disgregada o dispersa el derecho a la intimidad (pese a que como veremos más adelante, haremos referencia a la vinculación que normalmente se presenta entre el derecho a la intimidad y otros derechos fundamentales), sino por el contrario, como opera o como debiera operar, razón por la cual recurriremos en el plano internacional a las normas que lo recogen de manera expresa, para luego recurrir a la legislación nacional.

En primer lugar, queremos hacer referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 12 de la, que nos señala que:

> «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques».

---

[28] EGUIGUREN PRAELI, Francisco, «La Libertad de Información...», *op. cit.*, p. 5.

[29] EGUIGUREN PRAELI, Francisco, *op. cit.*, p. 91.

[30] *Ibid.*, p. 99.

[31] RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Jesús P., «El Proceso de Constitucionalización de una Exigencia Ética Fundamental: El Derecho a la Intimidad», en *Derechos y Libertades, Revista del Centro Bartolomé De Las Casas*, Revista N° 3, *1994*, pp. 364, 365.

Tenemos igualmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, texto en el que el artículo 17 indica:

«Artículo 17 Observación general sobre su aplicación

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques».

El artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala lo siguiente:

«Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

(...)

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación».

Resulta evidente que las referencias a injerencias arbitrarias e ilegales, ataques ilegales a la honra y reputación, y la protección legal contra esos ataques (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada del individuo y de su familia, del derecho a no recibir ataques ilegales a la honra o reputación (Convención Americana sobre Derechos Humanos) nos dejan frente a características inherentes del derecho a la intimidad.

De otro lado, referencias a injerencias arbitrarias e ilegales o ataques ilegales, inevitablemente nos llevan a pensar que de hecho existen injerencias no arbitrarias, o inclusive ataques legales, situación que nos lleva a pensar que (como ya se adelantó) que el derecho a la intimidad no es absoluto. Esta última afirmación va de la mano con lo afirmado por WARREN y BRANDEIS (citados por EGUIGUREN[32]) cuando señalan que no se prohíbe la revelación de todo lo que, en principio, es privado, cuando se realiza en un tribunal, una asamblea legislativa o municipal, o en cumplimiento de un deber público o privado.

Tenemos igualmente al Convenio Europeo de Derechos Humanos, texto que en su artículo 8 señala lo siguiente:

«Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

---

[32] EGUIGUREN PRAELI, Francisco, *op. cit.*, p. 95.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Nuevamente la referencia tal vez sea del todo precisa, pero la preservación (para la persona) de los ámbitos propios de la vida privada, familiar, domicilio o Correspondencia es manifiesta. La protección alcanza, como del texto se desprende, a eventuales injerencias de parte de los estados, a menos que la eventual injerencia o esté prevista por norma expresa o sea finalmente justificada. Con esto último vemos nuevamente los limites al derecho a la intimidad.

El artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala:

«Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar».

Con ello queda nuevamente en evidencia que los aspectos propios de la esfera más íntima de toda persona están expresamente regulados, y siempre en el mismo sentido antes tratado.

El artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de san José de Costa Rica) nos señala que:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques».

Una vez más aspectos como la persona, familia, domicilio e inclusive la correspondencia, vuelven a estar bajo la protección de un texto normativo internacional.

Los aspectos protegidos son reiterativos: no injerencia en la vida privada, familiar y en la correspondencia; prohibición de ataques a la honra y a la reputación; no difusión de información que falte el respecto; respeto a la vida privada; no injerencia de las autoridades públicas; protección de la ley contra los ataques contra la honra, la reputación y la vida privada, la no violación del domicilio y la correspondencia; el respeto a la vida privada, al domicilio y a la

correspondencia; el respeto a la honra y el reconocimiento de la dignidad; etc. Todas y cada una de las referencia apuntan a lo mismo: el respeto y la no violación de aquellas esferas íntimas de la persona, que no tienen porqué ser conocidas por nadie, y que por lo tanto no pueden ser afectadas y menos divulgadas. Junto a ello, la ley debe ayudar a la protección del derecho a la intimidad de las personas.

Un aspecto adicional. La inclusión del derecho a la intimidad en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos nos evidencia la calidad de derecho fundamental que el derecho a la intimidad tiene. En este sentido vemos como el derecho a la intimidad resulta estar no solamente reconocido sino tratado ampliamente en las normas internacionales.

La ratificación de varios de los convenios o documentos antes detallados hace que los estados se comprometan a velar por el cumplimiento y respeto del derecho fundamental a la intimidad.

VI. LA OIT Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD

La organización Internacional del Trabajo (OIT) no tiene un desarrollo específico del derecho a la intimidad. Pese a la aparente falta de referencias expresas, el derecho a la intimidad no resulta ser extraño para la OIT, ya que lo encontramos referido (mas no definido) en algunos documentos.

Tenemos, en primer lugar, algunas referencias indirectas. Es el caso, por ejemplo, de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998, que en su Quinto Considerando nos señala que:

> «Considerando que, con el objeto de mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, *la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especiales* al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano (el resaltado es nuestro)».

Al desarrollar el texto de la Declaración, nos señala que la OIT:

> «2. Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:
>
> (a) a libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
>
> (b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;

(c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y
(d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación».

De la lectura de las citas efectuadas vemos como pese a no encontrar ninguna remisión expresa al derecho a al intimidad, éste está implícitamente presente.

Sin embargo, la única referencia expresa que hemos encontrado está en la Recomendación 190 (que trata de la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación). El punto 6 de la Recomendación señala:

«*La compilación y el análisis de la información y los datos a que se refiere el párrafo 5 anterior* (referido a la sistematización de datos estadísticos sobre trabajo infantil y su actualización) *deberían llevarse a cabo sin menoscabo del derecho a la intimidad*».

Sin embargo, no debe preocuparnos la poca referencia de parte de la OIT. Recordemos que el derecho a la intimidad se encuentra vigente en otros textos internacionales, igualmente aplicables al trabajador en tanto persona.

VII. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

En este punto veremos como el derecho a la intimidad es tratado en la legislación nacional.

En primer lugar corresponde dar una mirada a la Constitución Política de 1993, que hace directa referencia al derecho a la intimidad en los incisos 5, 6 y 7 del artículo 2, en los términos siguientes:

«**Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho:

(...).

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. **Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal** y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

(...).

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, **no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.**
7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley» (los resaltados son nuestros).

Vemos como nuestro texto constitucional recoge buena parte de lo señalado por los textos internacionales.

Pero adicionalmente contamos con lo señalado por el artículo 14 de nuestro Código Civil, que indica lo siguiente:

«La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden».

Inclusive, el derecho a la intimidad termina siendo una materia protegida, cuya violación podría terminar configurando la comisión de un delito, tal como lo señalan los artículos 154, 155, 156 y 157 del Código Penal:

«Artículo 154.- Violación a la intimidad.

El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

La pena será no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días-multa, cuando el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista.

Si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días-multa.

Artículo 155.- Agravante por razón de la función.

Si el agente es funcionario o servidor público y, en ejercicio del cargo, comete el hecho previsto en el artículo 154°, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 1, 2 y 4.

Artículo 156.- Revelación de la intimidad personal y familiar.

El que revela aspectos de la intimidad personal o familiar que conociera con motivo del trabajo que prestó al agraviado o a la persona a quien éste se lo confió, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año.

Artículo 157.- Uso indebido de archivos computarizados.

El que, indebidamente, organiza, proporciona o emplea cualquier archivo que tenga datos referentes a las convicciones políticas o religiosas y otros aspectos de la vida íntima de una o más personas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si el agente es funcionario o servidor público y comete el delito en ejercicio del cargo, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 1, 2 y 4.

Queda claro que el derecho a la intimidad tiene una completa regulación, que va más allá del texto constitucional. Pero además, la regulación citada recoge buena parte de las características antes referidas de este derecho fundamental, las que a continuación referimos:

1. El derecho a la intimidad protege a la persona contra las eventuales injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia.
2. Del mismo modo, el derecho a la intimidad protege los eventuales ataques que una persona pueda recibir contra su honra, su dignidad o su reputación.
3. Nadie tiene derecho a pedir o solicitar información que pueda afectar la intimidad personal.
4. Los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, están impedidos de suministrar información que afecte la intimidad personal y familiar.
5. La voz y a la imagen propias son materia de protección del derecho a la intimidad.
6. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviantes en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional.
7. La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona.

VIII. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD

El derecho fundamental a la intimidad no ha tenido mayor tratamiento jurisprudencial. Tal vez (y desgraciadamente) la primera idea que nos puede venir a la mente al hablar del respeto a la intimidad es el sonado caso de las «prostivedettes» que tuvo como protagonista a la conductora de televisión Magaly Medina, y la condena de cuatro (4) años de prisión condi-

cional, justamente por haber violado el derecho a la intimidad de la vedette Mónica Adaro[33].

Pero se han presentado otros casos menos mediáticos. Tenemos por ejemplo el Expediente 1797-2002-HD/TC, por el que el ciudadano Wilo Rodríguez Gutiérrez interpone una acción de habeas data contra el ex presidente de la República, Dr. Valentín Paniagua, manifestando que no se la había brindado información solicitada respecto de los gastos en los que había incurrido el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori y su comitiva durante los más de quinientos quince (515) días en que estuvo fuera del país, a lo largo de ciento veinte (120) que realizó al exterior.

En este caso, si bien por tratarse de una acción de habeas data, se desarrolla el concepto de la «autodeterminación informativa», tocándose ineludiblemente el derecho a la intimidad. El considerando tercero nos señala que:

> «El derecho reconocido en el inciso 6) del artículo 2 de la Constitución (referido a la afectación de la intimidad a través del uso de medios electrónicos) es denominado por la doctrina *derecho a la autodeterminación informativa* y tiene por objeto proteger la intimidad, personal o familiar, la imagen y la identidad frente al peligro que representa el uso y la eventual manipulación de los datos a través de los ordenadores electrónicos...».

A continuación se señala (ya específicamente respecto del derecho a la intimidad el derecho a la autodeterminación informativa:

> «... se diferencia del derecho a la intimidad personal, esto es, del derecho a que la proyección social de la propia personalidad no sufra interferencias o distorsiones a causa de la atribución de ideas, opiniones o comportamientos diferentes de aquellos que el individuo manifiesta en su vida social ...».

Como vemos, pese a no referirse específicamente al derecho que nos ocupa, y pese al escaso tratamiento que se ha tenido, resulta rescatable el hecho de ser definido por parte justamente del Tribunal Constitucional, órgano encargado de interpretar la constitución[34].

---

[33] Como se recordará, el programa de espectáculos que dirige la periodista Magaly Medina utilizó cámaras oculta en la habitación de un hostal para mostrar a la vedette Mónica Adaro manteniendo relaciones sexuales con un periodista encubierto. La intención del mencionado reportaje (que incluía también a la vedette Yesabella en similar situación) lo que buscaba era mostrar como las mencionadas vedettes se prostituían.

[34] Lo resulto por el Tribunal Constitucional nada tiene ver con el tema materia del presente trabajo, por lo que se optó por no referirse a la sentencia y a lo resuelto.

Otro caso (también referido a una acción de habeas data) es el del expediente 9944-2005-HD/TC, Lima, proceso iniciado por Francisco Javier Casas Chardon contra el Ministerio de Defensa. El accionante solicitó que se le proporcionen copias de las declaraciones juradas de diversos ministros y vice ministros del mencionado Ministerio. Las declaraciones juradas no fueron proporcionadas ya que (según manifiesta el procurador del Ministerio de Defensa) en aplicación del artículo 15 del Decreto Supremo N° 080-2001-PCM, se buscaba salvaguardar el derecho a la intimidad personal y familiar de los ministros y viceministros.

El Tribunal Constitucional (sin hacer referencia alguna al derecho a la intimidad) valida lo señalado por el artículo 15 del Decreto Supremo N° 080-2001-PCM, cuando se dice que parte de la información se archivará y custodiará en la Oficina General de Administración, y será remitida a la Contraloría General de la República, pudiendo ser utilizada únicamente por dichos organismos o a pedido de un juez.

Finalmente, se ha encontrado otra referencia al derecho a la intimidad (también en un caso de habeas data) en el expediente N° 1480-2003-HD/TC iniciado por Alberto Franco Mora contra el Centro de Salud Miraflores de la DISA y contra el Ministerio de Salud, entidades a las que solicitó copia de la Historia Clínica N° 04523.

En este caso se reconoce que el acceso a la información está limitado por aquella información que afecta la intimidad personal, concluyéndose que la información contenida en la historia clínica solicitada justamente incluye información propia de la que pertenece a la intimidad personal.

Uno de los pocos casos del derecho a la intimidad en el ámbito de las relaciones de trabajo es el del expediente N° 1058-2004-AA/TC, acción de amparo iniciada por el señor Rafael Francisco García Mendoza contra su ex empleadora, Servicios Postales del Perú S.A.. Si bien el caso (conocido por todos, por tratarse del despido practicado por supuestamente haber estado accediendo a páginas pornográficas durante el horario de trabajo, y haber remitido imágenes pornográficas a través del correo electrónico) en verdad está más referido al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, e inclusive al derecho de defensa, no podemos dejar de considerar que el acceder al correo electrónico de un trabajador implica efectuar una abierta intromisión a la esfera personal del trabajador, resultando ser atentatorio del derecho a la intimidad. El problema está en el hecho que, pese a haberse tratado dicho derecho en otras sentencias (como hemos visto) en ese caso la referencia al derecho a la intimidad es prácticamente nula.

Se ve, pese a la importancia que tiene, el derecho a la intimidad no ha tenido mayor tratamiento jurisprudencial[35]. Además, el Tribunal Constitucional cuando lo ha tratado ha sido a propósito de otros derechos fundamentales.

IX. PRINCIPALES PRÁCTICAS EMPRESARIALES QUE PUEDEN EVENTUALMENTE AFECTAR EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Corresponde ahora analizar diversas prácticas que se dan al interior de toda relación laboral en las que el derecho fundamental a la intimidad está en juego. En cada caso trataremos de determinar la pertinencia o impertinencia de la medida, y los límites que se puedan presentar.

1. La posibilidad de establecer o instalar circuitos cerrados de video y filmaciones.

Esta resulta ser una práctica cada vez más extendida. Tal vez se haya iniciado en los establecimientos o agencias bancarias, con el objeto de tener debidamente identificados (al menos en imagen) tanto a los trabajadores como a la clientela del banco, tratando con ello de evitar eventuales asaltos, y si éstos se daban, los videos serían una buena forma de tratar de identificar a los asaltantes o a parte de éstos. No consideramos que la razón fundamental que haya justificado la instalación de cámaras haya sido para verificar el cumplimiento de las obligaciones y desenvolvimiento laboral de sus trabajadores, sin embargo con el pasar de los años, este sistema ayuda además de prevenir asaltos de parte de terceros, a fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores.

Como fuera, el hecho es que la utilización de cámaras de video es una práctica cada vez más extendida, yendo mucho más allá de las agencias bancarias. Y es que tan común resulta ser hoy en día, que se filma a quienes ingresan a clubes privados; existen cámaras en los Ministerios; en prácticamente la totalidad de centros empresariales (entendidos éstos como edificios construidos exclusivamente para la instalación de oficinas), llegando inclusive a tenerlas dentro de las oficinas.

---

[35] A diferencia de lo que ocurre en otras realidades como la española, en donde se cuenta con casos como el del Casino de La Toja (Sentencia 98/2000 del Tribunal Constitucional Español), en el que se instalaron sistemas de audio adicionales a los sistemas de video ya existentes; el Tribunal Constitucional Español (TCE) consideró que no se había llegado a justificar la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida, por existir otros métodos de seguridad (sistemas de video) que cumplían con esa misma y exacta función. También se cuenta con el caso de la de la empresa ENSIDESA (Sentencia 186/2000 del TCE), en el que se instalaron cámaras de vigilancia sin dar aviso a los trabajadores, lográndose detectar sustracciones de mercadería.

¿Es válida la utilización de cámaras de video de los centros de trabajo? Obviamente, la utilización de cámaras de video, además de buscar ser medidas de seguridad, en el ámbito laboral «... resulta ser mucho más económico que la supervisión humana, pues, amén de que pueden adquirirse en el mercado a un precio reducido, e gasto que representa el mantenimiento es incomparablemente menor que el de la contratación de uno o varios trabajadores ...»[36]. La legislación peruana no tiene referencia a la posibilidad o no de utilizar sistemas de videovigilancia[37].

Resulta entonces prudente preguntarse si resulta válida la instalación de cámaras de video en los centros de trabajo, o si las cámaras de video deben estar restringidas a la zona en que se encuentran los trabajadores o pueden alcanzar al eventual público que pueda asistir al centro de trabajo, inclusive si estas prácticas se deben limitar a captar imágenes o también es factible registrar audios[38]. El hecho de recurrir a este tipo de prácticas afecta o no el derecho fundamental a la intimidad.

Como dice GOÑI[39] «... se deberá determinar en cada caso el alcance del derecho a la intimidad ...». Sin embargo, habiendo señalado ya lo que debiera ser parte del contenido esencial, y ya entrando en lo referido a lo que debiera ser las relaciones de trabajo, podemos ensayar algunas de las características o pautas que se deberán observar:

a. La instalación de cámaras de video es una facultad del empleador.
b. La instalación de las cámaras de video tendrá por objeto el cumplimiento de obligaciones laborales. De acuerdo a ello la captación de imágenes, movimientos, desplazamientos, etc., deberán estar en estricta relación al cumplimiento de la labor de parte de el o los trabajadores.

---

[36] GOÑI SEIN, José Luis, *La Videovigilancia Empresarial y la Protección de Datos Personales*, Thomson Civitas, p. 17.

[37] La única referencia legal está en la Resolución Directoral N° 200-2007-MINCETUR/VMT/DG-JCMT, que regula la instalación o funcionamiento del sistema de video en las salas de juego de casino y tragamonedas, y por la que (i) se obliga a los titulares de casinos y tragamonedas a instalar sistemas de video que permitan una vista panorámica de las áreas que conforman las salas de juego, (ii) se hace filmar todas las transacciones efectuadas en la caja que permitan identificar la documentación, y en general cualquier bien entregado o recibido, así como en ingreso y salida de personas y (iii) establece que los sistemas deberán, en las zonas de caja y bóveda deberán incluir imagen y audio.

[38] Como se recordará hace unos años se detectó, justamente a través de los sistemas de video en un casino, un fraude intentado hacer por una supuesta clienta, en combinación con una de las trabajadoras. Sin duda, a través de ese sistema se pudo detectar, además del fraude, la falta cometida por la trabajadora del casino.

[39] GOÑI SEIN, José Luis, *op. cit.*, p. 24.

c. La instalación de sistema de videovigilancia no deberían limitar o restringir la capacidad de acción y el desarrollo normal de la relación laboral[40].
d. Los aspectos que nada tengan que ver con el contexto estrictamente laboral estará excluido. De acuerdo a ello, la voz no tendría porque ser captada, salvo que sea indispensable[41].
e. Terceros ajenos a la relación laboral no tendrían porque ser filmados, salvo que sea imposible evitar tal situación.
f. Un límite adicional (y eso dependerá ya de un análisis caso por caso) estaría determinado por aquellas situaciones que en verdad afecten la intimidad de los trabajadores (que la afecten de manera manifiesta).
g. Los equipos de filmación debieran ser instalados en tanto no se encuentre otra opción más adecuada de fiscalización y vigilancia de parte del empleador.

Lo señalado hace, por ejemplo, que no estén permitidas la instalación de cámaras de video en los baños de los centros de trabajo. Del mismo modo (aunque ya lo adelantamos) el audio sería un recurso no permitido, toda vez que difícilmente la voz tiene que ver con la relación laboral (exceptuándose sin duda los servicios de call centre, en los que recurrir a sistemas de audio puede más bien afectar a los usuarios.

En las agencias bancarias, una cosa es por ejemplo tratar de verificar o constatar el uso de cámaras como elemento disuasivo de robos, y otras muy distinta el tenerla específicamente dirigida a ver la pantalla de los trabajadores. Del mismo modo, una cosa es colocar una cámara de video al ingreso de un pabellón (caso en el que seguramente se tratará de verificar quien ingresa a determinadas horas o fuera del horario de trabajo), y otra muy distinta tenerla sobre los trabajadores, evitando con ello que hasta se lleve a cabo una conversación entre éstos.

---

[40] Este tema nos parece sumamente importante, y consideramos oportuno incluirlo a raíz de la lectura de la Sentencia 37/1998 del Tribunal Constitucional Español, en la demanda de amparo interpuesta por el Sindicato Langile Abertzaleen Batzardeak (LAB) contra el Gobierno Vasco. En este caso el Tribunal Constitucional Español determinó que el hecho de haber tomado fotografías a unos piquetes durante la realización de una huelga, lesionaba los derechos fundamentales de libertad sindical y huelga, toda vez que el hecho de la toma de fotografías limitaba en libre ejercicio de acción de los trabajadores.

[41] Este tema ha sido tratado por el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia 98/2000, en el caso del Casino de La Toja, en el que se instalaron sistemas de audio en determinadas zonas del Casino (en Caja y en la ruleta francesa), concluyéndose que dicho Casino contaba ya con otros sistemas de seguridad (videovigilancia) no habiéndose justificado la proporcionalidad y razonabilidad para establecer esos sistemas adicionales de seguridad.

2. En derecho a la intimidad en el acceso al puesto de trabajo.

En este caso la eventual violación del derecho a la intimidad estaría dada por los datos a consignar en el curriculum vitae, y en las entrevistas de trabajo.

Resulta común en los avisos de trabajo que los avisos incluyen que en el currículum vitae se deben de consignar datos como la edad, el estado civil y hasta una fotografía reciente. Estas mismas consideraciones son tomadas en cuenta en las entrevistas de trabajo.

Si consideramos que dentro de la información más íntima de la persona está justamente la edad, el estado civil, y la imagen, estos aspectos, a menos que resulte indispensable para el cumplimiento de la relación laboral, no deberían si quiera ser tomados en cuenta para la evaluación de una persona para acceder a un puesto de trabajo.

Pese a ello, resulta frecuente encontrar avisos de convocatoria para puestos de trabajo en los que se solicita presentar el curriculum vitae con foto a color reciente, o en los que se pide personal que no superen determinada edad. El estado civil en muchos casos es solicitado, con lo que ocurre que es preferible dejar de contratar mujeres jóvenes casadas por la eventualidad de que éstas salgan embarazadas, con lo que como consecuencia del descanso pre y post natal, se dejará de prestar servicios durante tres (3) meses por lo menos.

3. VIH.

Probablemente uno de los casos en que el derecho a la intimidad debe mantener mayor respecto, pero en donde desgraciadamente resulta ser más frecuentemente violado, en respecto de los portadores de VIH.

En estos casos, resulta ser práctica frecuente que so excusa de practicar exámenes médicos, se practique de manera oculta la prueba de ELISA, determinando con ello que los eventuales portadores de VIH estén marginados de obtener el puesto de trabajo al cuál postulan.

En este caso, la prohibición de practicar este tipo de exámenes está expresamente establecida en el artículo 15 del Decreto Supremo N° 004-97-SA que señala que la prueba de diagnóstico de VIH no debe ser requerida como condición para iniciar o mantener una relación laboral, educativa o social.

Además, tenemos lo señalado por el artículo 6 de la Ley N° 26626 (norma que encarga al Ministerio de Salud la elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el virus de Inmunodeficiencia Humana -VIH-, el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida -SIDA- y las enfermedades de Transmisión Sexual -ETS-, y que fue denominado CONTRASIDA) que nos señala que las personas portadoras del VIH pueden seguir laborando en tanto estén aptas para el desempeño de sus funciones; y que el nulo el despido laboral cuando la causa es ser portador del VIH.

En este aspecto TOYAMA señala que «... la existencia de una relación subordinada de servicios no enerva el derecho a la intimidad del trabajador reconocido en la Constitución, el mismo que debería ser ejercido sin limitación alguna, no solo durante el contrato de trabajo sino, sobre todo, antes de la contratación donde, precisamente, existe una mayor presión del empleador para la obtención de información sobre el SIDA ...»[42].

Sin embargo, resulta insuficiente la protección, tota vez que como dijimos inicialmente, estos exámenes son efectuados a espaldas del postulante a un puesto de trabajo. Tal vez una medida adecuada sea que los laboratorios sean obligados a contar con la autorización escrita de la persona a quien se le practicarán este tipo de exámenes. Distinto es el caso (excepcional) en el que se puede solicitar información o realizar exámenes de VIH, siempre que exista una causa razonable que así lo justifique, como por ejemplo a las personas que trabajan en hospitales[43].

4. El estado civil como elemento determinante de mantenimiento de una relación laboral.

En muchos centros de trabajo, resulta ser una práctica frecuente el tener como regla la imposibilidad de que esposos trabajen en un mismo centro de trabajo. Esto trae finalmente dos (2) posibles situaciones: una primera en que un trabajador (o trabajadora, da lo mismo) esté impedido (o impedida) de ingresar a una empresa porque su esposa (o esposo) trabaja en ese mismo lugar. Una segunda, la vemos cuando dos (2) personas se conocen en un centro de trabajo, se enamoran y deciden casarse; en este caso se tiene como política el que una de las dos (2) personas se deba ir de la empresa, o que una de las dos (2) personas deba ser trasladada a otro centro de trabajo de la misma empresa.

Si bien en muchos casos se puede pensar que el hecho de mantener en un mismo centro de trabajo a una pareja de esposos puede terminar trasladando los eventuales conflictos conyugales al mismo centro de trabajo, no existe impedimento legal para que ello ocurra. Además, el matrimonio es parte de la esfera personal del trabajador (o del postulante a un puesto de trabajo) por lo que no debiera ser considerado como determinante del ingreso o mantenimiento de un puesto de trabajo.

El Tribunal Constitucional ha manifestado ya su opinión en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC (José Antonio Alvarez ROJAS contra el Ministerio del Interior)[44] cuando señala que «... uno de esos ámbitos de libertad en que no cabe la injerencia

---

[42] TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Instituciones del Derecho laboral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 242.

[43] *Ibid.*, p. 244.

[44] Si bien el caso citado en lo referido específicamente al matrimonio hace expresa referencia al derecho al libre desarrollo de la personalidad, resulta muy vinculado al derecho a la intimidad, y sobretodo recoge la posición del Tribunal Constitucional respecto del matri-

estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el ius connubii. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada (...). Por consiguiente, **toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuando y con quién contrae matrimonio.** Particularmente, **en la decisión de contraer matrimonio no se puede aceptar la voluntad –para autorizar o negar– de nadie que no sea la pareja de interesados en su celebración**» (los resaltados son nuestros).

Si el Estado no puede interferir en la decisión de contraer matrimonio, ¿acaso puede hacerlo un particular?, obviamente no, y no porque la lógica del Tribunal Constitucional es que nadie que no sea la futura pareja puede interferir en la decisión de contraer matrimonio.

5. Revisiones corporales y revisiones de bolsos y maletines.

Esta tal sea una de las prácticas más comunes que existen en las empresas, en particular en aquellas que producen objetos de un tamaño tal que pueden ser sustraídos en los bolsos, maletines o en los bolsillos de los trabajadores.

Este método puede ser considerado una flagrante violación al derecho a la intimidad. Sin embargo, considerando que el derecho a la intimidad no resulta ser un derecho absoluto, y que además es reconocido que el mismo trabajador puede aceptar el permitir que aspectos de su intimidad sean conocidos o publicitados, no encontramos impedimento legal en que estas prácticas sean utilizadas, siempre que se den determinadas características (que la revisión sea permitida a través de un acuerdo; que la revisión, en caso sea corporal, sea efectuada con respeto; que la revisión sea objetiva y no se determine revisar a determinada persona; etc.).

Toyama señala que «... a nivel jurisprudencial, solamente se ha indicado que el empleador puede registrar a los trabajadores a la salida del centro de trabajo cuando se produce la pérdida de los bienes de la empresa»[45]

Martínez Fons[46] señala que «... el recurso al consentimiento no habilita a la adopción indiscriminada de cualquier medida de verificación de aspectos de la

---

monio y las interferencias que se puedan dar sobre dicha institución. Dicho sea de paso, esa misma lógica se aplicaría actualmente a las reglas que rigen a las Fuerzas Armadas y Policiales, en donde, por ejemplo, no está permitido el matrimonio de una oficial con un oficial de rango inferior. Los ejemplos además son diversos, sin embargo nos quedaremos en la referencia efectuada por la brevedad del presente trabajo.

[45] Toyama Miyagusuku, Jorge, *op. cit.*, p. 244. Jorge Toyama menciona el caso de las personas que trabajan en hospitales.

[46] Martinez Fons, Daniel, «Intimidad y vigilancia de la salud del trabajador en la relación de trabajo (Iberia). Comentario a la STCO 196/2004, de 14 de noviembre», en *Ius Labor N° 02/2005*, p. 3 (publicación de la Universitat de Pompeu Fabra, que puede ser encontrada en http://www.upf.edu/iuslabor/022005/art04.htm).

vida privada del trabajador ...», señalando que «... queda circunscrito a la existencia de intereses legítimos, objetivos y justificados relacionados con la dinámica de la relación de la relación ...».

Vemos con ello como pese a contarse con la autorización del trabajador, debe haber una justificación para implementar medidas que pudieran afectar el derecho a la intimidad. Imaginemos por ejemplo que en una empresa es un uso frecuente la revisión de bolsos o maletines de los trabajadores, práctica que está regulada por el reglamento interno de trabajo de la empresa (regulación que no necesariamente valida la revisión) y que inclusive cuenta con la autorización expresa de los trabajadores. Imaginemos ahora que la revisión se efectúa en presencia de otras personas. ¿Nos preguntamos que ocurriría si de la revisión otras personas se percatan o conocen cuál es la medicación que toma el o la trabajadora?; o si, tratándose de una trabajadora, producto de la revisión aparecen toallas higiénicas, dejándose en evidencia que se encuentra en su periodo menstrual.

Vemos como, si bien puede ser justificada una medida de este tipo, la realización debe ser bastante cuidadosa y respetuosa para con los trabajadores.

6. El aviso de embarazo al empleador.

El artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR (Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala lo siguiente:

«Artículo 29.- Es nulo el despido que tenga por motivo:

(...).

e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir.

Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa».

Si bien la intención es dar protección a la trabajadora gestante, y con ello evitar que se le discrimine, en la práctica se termina obligando a la que la trabajadora gestante se vea en la obligación de dar aviso a su empleador del estado de gestación en el que se encuentra, con el ánimo de evitar ser discriminada o despedida por motivo de su embarazo.

Consideramos que el dispositivo legal, en tanto obliga a dar aviso del estado de gestación, finalmente afecta el derecho a la intimidad, al ser parte inherente a su vida privada.

X. CONCLUSIONES

1. El derecho a la intimidad resulta ser un derecho fundamental, reconocido por los tratados internacionales, muchos de ellos ratificados por el Estado Peruano, y recogido además por nuestro Texto Constitucional.
2. Si bien el derecho a la intimidad lo encontramos desde hace mucho como parte de diversos derechos reconocidos por textos internacionales, como tal y de manera específica, es de reciente reconocimiento.
3. El derecho a la intimidad forma parte de la esfera individual o de la vida privada de toda persona, no pudiendo ser invadido o inmiscuido por terceros, a menos que la misma persona lo autorice o permita, o si la invasión fuera en aras del interés público.
4. El derecho a la intimidad abarca tanto los aspectos de la vida privada (sexual, espiritual, afectiva, etc.) o familiar del trabajador, sino también situaciones como el aspecto físico, la imagen, la voz, las costumbres, etc.
5. El derecho a la intimidad no resulta ser absoluto, puede ser limitado, siempre que no afecte se afecte el contenido esencial del mismo.
6. El Tribunal Constitucional Peruano, pese a haber determinado el concepto constitucional del derecho a la intimidad, no ha tenido mayor desarrollo respecto de este derecho constitucional aplicado a las relaciones laborales.
7. El empleador tendrá la facultad de instalar cámaras de video en los centros de trabajo, siempre que tengan por objeto el estricto cumplimiento de obligaciones laborales y no limiten o restrinjan la capacidad de acción y el desarrollo normal de la relación laboral. Para ello, la instalación de las cámaras deberá ser ante la imposibilidad de establecer otro método de vigilancia y fiscalización. Los aspectos que nada tengan que ver con el contexto estrictamente laboral estarán excluidos. Las situaciones más íntimas de los trabajadores deberán estar definitivamente excluidas.

   Los terceros ajenos a la relación laboral no tienen porque ser filmados, salvo que sea imposible evitar tal situación.
8. La información que forma parte de la esfera más íntima del trabajador, tales como aspectos físicos, estado civil o edad, no deber ser tomados en cuenta a efectos de acceder a un puesto de trabajo.
9. El VIH resulta formar parte de la esfera más íntima del trabajador, no debiendo ser considerado como elemento que determine la contra-

tación o permanencia de una persona en un centro de trabajo. De acuerdo a ello, está prohibida la realización de exámenes que busquen determinar o no la existencia de dicho virus.

10. El matrimonio entre trabajadores de una misma empresa es legal y constitucionalmente válido, no pudiendo ser restringido o impedido.
11. Las revisiones corporales y de bolsos y maletines podrían ser practicadas siempre y cuando sea estrictamente necesario, sea razonable su práctica, se cuente con la autorización del trabajador y la forma de selección de la revisión sea objetiva respecto de las personas a ser revisadas.
12. Pese a estar contenida en una norma legal, la obligación de la trabajadora gestante de dar aviso de su gestación al empleador, resulta ser violatorio del derecho a la intimidad.

COMENTARIOS A LOS TRES PRIMEROS ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN PERUANA DESDE UN PUNTO DE VISTA LABORAL, ENFATIZANDO LA RELACIÓN ENTRE EL PODER DE DIRECCIÓN Y DERECHO A LA INTIMIDAD Y PRIVACIDAD DEL TRABAJADOR

Daniel Ulloa Millares*

El título presenta de manera directa la relación muchas veces conflictiva que supone el enfrentamiento de diversos derechos del trabajador, especialmente los constitucionalmente consagrados, frente a la facultad o poder por antonomasia del empleador en toda relación laboral: el poder de dirección, el cual está legalmente previsto[1].

Tomando en cuenta solamente los tres primeros artículos de la Constitución de 1993, vemos que toda persona, y no solamente todo peruano[2], tiene la tutela de numerosos derechos, los cuales necesariamente resultan aplicables en toda relación laboral (entendemos que del sector público y del sector privado, sin excepciones), tal como lo señala el tercer párrafo del artículo 23 de la citada norma suprema:

> «Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador».

---

* Abogado. Profesor de derecho laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad San Ignacio de Loyola.

1 En el artículo 9 del texto único ordenado de la ley de fomento del empleo, ley de productividad y competitividad laboral, aprobada por decreto supremo N° 3-97-TR, publicado el 27 de marzo de 1997.

2 Lo cual podría cuestionar la validez de la regulación referida a la contratación laboral de extranjeros, prevista en el decreto legislativo N° 689.

Por tanto, el empleador no puede preponderar la existencia de una relación laboral para atenuar o inaplicar el ejercicio de los derechos constitucionales que quiera realizar el trabajador. Pero, claro, surge el problema de definir cuál es el límite de esa atenuación o inaplicación, dado que un respeto absoluto de esos derechos constitucionales podría hacer imposible la vigencia de la subordinación dentro de la relación laboral, y con ello, la inexistencia práctica del poder de dirección.

Vamos a repasar los tres primeros artículos de la Constitución Política de 1993 peruana, para comentar las posibles situaciones que puedan darse con motivo de una relación laboral. Cabe señalar que estos artículos constituyen el primer capítulo del primer título de la Constitución, y tienen como reseña «derechos fundamentales de la persona». Nada menos.

> **Artículo 1°.** La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Precepto inicial que ha inspirado numerosas decisiones del Tribunal Constitucional y que supone el objetivo de todo el articulado constitucional: la defensa de la persona y el respeto de su dignidad. Claro está, la amplitud o estrechez de la definición de los conceptos «respeto» y «dignidad» supondrá el alcance que pueda tener el ejercicio del poder de dirección en una relación laboral. No descartemos que este respeto a la dignidad también pudiera ser alegado por el empleador, sin problema alguno, cuando sea una persona natural. Si el empleador, en cambio, es una persona jurídica, tendríamos que buscar otro sustento, dado que el artículo se refiere a la persona «humana».

A partir del artículo siguiente empieza la descripción de derechos:

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Resulta difícil pensar en una relación laboral que atente contra la vida del trabajador que no suponga un ilícito. Pero cuando nos detenemos en la identidad, la integridad moral, psíquica y física, aparecen los conceptos laboralmente trabajados del hostigamiento u acoso sexual[3], el mobbing o acoso moral y la todavía no definida posición respecto del daño moral generado por una relación laboral[4].

---

[3] Normado en Perú por la ley N° 27942 y su reglamento, decreto supremo N° 10-2003-MIMDES.

[4] Al respecto se puede ver MANGARELLI, Cristina, «Reparación del daño moral y protección de los derechos fundamentales inespecíficos», en *XV jornadas nacionales de derecho del trabajo y de la seguridad social*, fcu, 2004, pp. 103-108.

Por consiguiente, el derecho laboral ya viene reaccionando frente a algunas vulneraciones de estos primeros derechos fundamentales, los cuales normalmente también serán afectados si se atenta contra la intimidad o privacidad del trabajador, por ejemplo, si el empleador desea establecer cámaras en los baños o en determinadas zonas de trabajo.

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Un derecho de enorme desarrollo en las relaciones laborales y de inobjetable aplicación, que nos exonera de tratar en este trabajo. Al igual que el anterior, su afectación puede acompañar la vulneración de los derechos de intimidad o privacidad del trabajador.

3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.

Derecho que ha merecido una expresa interpretación del Tribunal Constitucional en el marco de una relación laboral cuando su ejercicio se consideró vulnerado por la aplicación (en ese caso indebida) del poder de dirección del empleador[5]. Su relación con la intimidad o privacidad no pareciera tan cercana como en los casos anteriores, de repente debido a su especificidad. En todo caso, cuando la violación a la intimidad suponga también la afectación a la libertad de conciencia y de religión, ambos derechos pueden ser opuestos a la medida empresarial.

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

   Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

   Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

Al ser un derecho que supone el traslado de información del interior al exterior de la persona, pareciera que se encuentra en el sentido inverso al de la

---

[5] Ver la sentencia emitida en el expediente N° 895-2001-AA/TC en la página web siguiente: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00895-2001-AA.html.

intimidad o privacidad, que supone proteger lo interior o impedir el acceso de extraños a la información que desea cautelar el trabajador. Consecuentemente, no le vemos mucha relación con el tema del presente trabajo.

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

   El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

Derecho que tiene como destinatario al Estado (entidad pública), quien será el que determine la información personal (por decir los más comunes: dirección real, antecedentes policiales, antecedentes penales, términos contractuales registrados ante la autoridad de trabajo, estados financieros, etc.) que pueda dar o que pueda negarse a otorgar bajo el concepto de «intimidad personal».

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

Precisión aplicable al caso anterior respecto a las informaciones que provengan de los servicios informáticos. Nuevamente surge la duda para definir cuál es la información que no afecta la intimidad personal y familiar de cada individuo y cuál sí la afecta, lo cual depende de la precisión elegida por el legislador (o de la entidad que administre la información).

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

   Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Describimos aquí el derecho que protagoniza este comentario: el trabajador, como persona, tiene derecho al honor y a la buena reputación. Asimismo, a su intimidad personal y familiar. Finalmente, también tiene derecho a la voz e imagen propias.

Algún reconocimiento expreso tienen los derechos del honor y buena reputación en las normas laborales. Por ejemplo, el certificado de trabajo no puede contener calificaciones sobre el desempeño o la calidad del servicio prestado,

salvo que así lo solicite el trabajador[6]. Asimismo, las comunicaciones públicas de los ceses realizados por algunas empresas solamente mencionan la fecha de finalización del contrato de trabajo, muy pocas veces (o nunca) los motivos de la misma, seguramente por este respeto tácito al honor y a la reputación.

La intimidad personal y familiar supone proteger lo pasado y lo presente. Con lo pasado nos estamos refiriendo a que el empleador no debería acceder a información que no tiene relación con el trabajo a ser desarrollado por el contratado. Pero esto no tiene mayor defensa o acogida en nuestra realidad, siendo común que el empleador solicite certificados de antecedentes penales, policiales o judiciales como parte de los requisitos para postular a un empleo, a pesar que dichos antecedentes no tengan relación con el puesto. Asimismo, se solicitan los datos familiares (nombres, direcciones, edades), aunque ello parecería tener un fin de seguridad social, para determinar los beneficiarios de las prestaciones sociales estatales o del seguro de vida, cuanto este sea exigible.

Asimismo, normativamente el empleador está autorizado a realizar exámenes médicos[7], siempre que tengan relación con el puesto de trabajo a desarrollar, aunque está prohibido exigir, realizar la prueba de diagnóstico de VIH[8]. Creemos que el empleador también está facultado para realizar evaluaciones médicas que busquen confirmar lo alegado por el trabajador para justificar sus ausencias al puesto de trabajo: se encuentra muy difundida en nuestra realidad la práctica de conseguir un certificado médico particular para justificar inasistencias, normalmente las producidas los días lunes. Consideramos que una forma de evitar el engaño supone la posibilidad al empleador de que, con sus recursos, remita un médico al lugar en que supuestamente está descansando el trabajador, para verificar la justificación presentada. Si ella no existe, entendemos que puede generarse un despido, al haberse presentado información falsa al empleador con el ánimo de obtener un beneficio (el pago del subsidio respectivo).

Respecto del presente, la intimidad personal y familiar a que tiene derecho el trabajador supondría que fuera de la jornada de trabajo, nada de su vida privada debería influir o condicionar su puesto laboral. Empero, esto no tiene regulación y se vienen dando en nuestra realidad graves casos de intromisión

---

6 Tercera disposición complementaria, transitoria, derogatoria y final del reglamento del decreto legislativo 728, aprobado por decreto supremo N° 1-96-TR..

7 Literal d) del artículo 39 del reglamento de seguridad y salud en el trabajo, aprobado por decreto supremo N° 9-2005-TR.

8 Según lo establece el artículo 4 de la ley N° 26626, el artículo 15 del decreto supremo N° 4-97-SA y el artículo 8 de la resolución ministerial N° 376-2008-TR, que aprueba el documento «medidas nacionales frente al VIH y SIDA en el lugar de trabajo.

en la vida privada de los trabajadores, por ejemplo, exigiéndoles un estilo de vida determinado (no consumo de drogas, no consumo de alcohol, evitar escándalos, no frecuentar ciertos lugares, no consumir productos de la competencia, etc.) u ordenándoles que siempre estén a disposición para contestar el teléfono móvil o el *blackberry* que les da el empleador, sin perjuicio de que, cuando utilicen vehículos de la compañía, estos puedan conocer su ubicación gracias a los dispositivos de seguimiento (GPS) que puedan estar en ellos, siendo que algunas empresas notifican de estas formas de control a sus trabajadores y otras no. Asimismo, no son extraños los casos de contratación de detectives por parte del empleador para confirmar las conductas extra laborales de sus trabajadores, o por ejemplo, la veracidad de las justificaciones de inasistencia cuando el trabajador alega «descanso médico».

¿Cuál es el límite? Pareciera que fuera claro que fuera de la jornada el trabajador recupera la plena disponibilidad de su tiempo y acciones, pero hoy no es así. Inclusive, mucho de su tiempo libre tiene que ser dedicado a su empleador, sea para la fiesta de la empresa, reuniones de directorio, reuniones de capacitación, reuniones de socialización, talleres, ensayos de desfiles, los desfiles propiamente dichos, etc. Claro, todos ellos se presentan como de *voluntaria* concurrencia, pero que tan voluntario es no ir a dichos eventos para luego regresar al centro de trabajo al día siguiente y encontrar cierta represalia o ver limitadas las posibilidades de ascenso por no «compartir» el espíritu de la empresa. ¿Qué tan obligado se encuentra el trabajador en insertarse en una organización en la cual solamente quiere prestar sus servicios pero no adoptar una ideología determinada, propia de las empresas de tendencia?

Por otro lado, dentro de la jornada de trabajo las intromisiones a la intimidad del trabajador son variadas: desde la obligación de revisión de las pertenencias al ingreso y a la salida del centro de trabajo hasta la ubicación de cámaras de vigilancia en el lugar de trabajo, e inclusive, en los servicios higiénicos (si bien en la entrada o los lavatorios), sin dejar de mencionar el requerimiento de claves de acceso para ciertos lugares físicos o informáticos (correo electrónico o Internet). En estos casos parecería justificado el control, dado que se da durante la jornada, es decir, al empleador le interesa saber lo que hace el trabajador durante el tiempo que supuestamente debe dedicarse a laborar y por tanto, que genera remuneración. Empero, pueden darse abusos.

Algunos especialistas cuestionan, por ejemplo, la forma de control mediante la vigilancia electrónica, inclusive si esta es avisada previamente, pero ¿qué tanto se diferencia esta modalidad del control efectuado personalmente? En nuestra ciudad hay empresas que utilizan vigilantes para realizar lo que económicamente no pueden reemplazar con medios electrónicos. Y la vulneración a la intimidad no ha sido cuestionada, a contrario, es una práctica común. Por ejemplo,

existen oficinas en las cuales el jefe se sienta mirando a los trabajadores, es decir, todos comparten un mismo espacio (las oficinas con separadores de metro y medio, sin paredes) a efectos de que no exista intimidad en el lugar de trabajo. Se dan casos también en que el empleador restringe las oportunidades para acudir a los servicios higiénicos, obligando a los trabajadores a registrarse para acceder a los mismos. ¿En todos estos casos hay vulneración a la intimidad?

Claro, la intimidad supone no revisar los cajones o casilleros otorgados por el empleador al trabajador para que guarde sus pertenencias. Pero su presencia en la empresa es susceptible de revisión.

Finalmente, sobre la protección de la voz e imagen propias del trabajador como persona aparece la arraigada obligación de portar un uniforme de trabajo determinado o hasta de una forma especial de hablar (normalmente amable). Así, en el sector servicios es muy difícil encontrar una persona que nos atienda de manera gruñona o molesta: todos sonríen, saludan y se muestran amables. Hasta qué punto el trabajador debe fingir sus sentimientos, su voz y darle al cliente lo que desea («el cliente siempre tiene la razón») o cuando actuar sinceramente supone un incumplimiento de sus obligaciones de trabajo.

Sobre el uniforme, que pasaría si un trabajador se niega a utilizarlo durante su estadía en el centro de trabajo, porque no le gusta el color, el material del mismo le molesta o simplemente porque en una época determinada del año el trabajador desea portar otra vestimenta (por ejemplo, el caso que utilizamos en clase de la devota del Señor de los Milagros que en octubre, por un favor especial concedido, se viste con el hábito morado característico, inclusive dentro del centro de trabajo. ¿Se puede sancionar o despedir a dicha trabajadora? ¿Cómo queda el principio de autoridad en la empresa?).

Ninguno de los supuestos antes indicados se encuentra regulado de manera específica por las normas laborales por lo que el análisis debe ser casuístico, si bien estos casos difícilmente llegan a los jueces de trabajo, dada su poca vinculación con beneficios cuantitativos o porque muchas veces el trabajador acepta estos mandatos, sea porque no los discute y los entiende «normales» sea porque no quiere complicar su ya precaria relación laboral.

8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.

Las normas legales[9] prevén que toda invención realizada por el trabajador con motivo de su relación laboral pertenece al empleador, salvo acuerdo en contrario. Este derecho no tiene relación con el tema estudiado.

---

[9] Artículo 16 del decreto legislativo N° 822.

9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.

Precepto respetado inclusive si hablamos de la persona natural como empleador[10], tampoco tiene relación con el tema estudiado.

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

    Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

    Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

    Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

Otro de los derechos vinculados con el tema objeto de estudio y que consideramos se aplica para cualquier medio de comunicación: escrito, hablado, visual. Nadie, y con ello también incluimos el empleador, puede revisar las comunicaciones y documentos que se consideren privados, y estos son todos los que uno elabore de manera particular, que no desea sean difundidos o revisados por personas que no incluya como destinatarios. De ahí que consideremos equivocado entender que todo documento elaborado con bienes de un tercero (por ejemplo del empleador) suponga otorgarle carácter público al documento. O que la firma de una autorización general sea suficiente para poder revisar cualquier comunicación realizada por el trabajador. Pensar así supondría el derecho de revisar no solo los escritos que realice un trabajador durante su jornada de trabajo (fuera de ella sería más prohibitivo) sino también escuchar todas las llamadas que realice con los teléfonos de la empresa.

Es curioso que en nuestra realidad exista un respeto casi absoluto a las comunicaciones orales pero cuando estás asumen una forma escrita se discute y hasta se acepta su intervención. Nosotros creemos que ambas deben seguir la misma regla, dado que la única diferencia es la manera de manifestarse. Por tanto, lo prohibido para una debe ser también prohibido para la otra.

---

[10] Numeral 1 del artículo 5 de la ley general de inspección del trabajo, ley N° 28806.

Pensamos que lo que pueden revisarse son las manifestaciones externas de dichas comunicaciones, a saber, las direcciones (teléfonos o terminales) desde las cuales se emiten, los destinatarios, el peso de los mensajes, los anexos que los acompañan, la hora de inicio y de finalización de la comunicación (la duración), pero *nunca* el contenido de cada texto.

El Tribunal Constitucional también tuvo ocasión de evaluar la aplicación de este derecho dentro de una relación laboral en el expediente N° 1058-2004-AA/TC[11]. Si bien asumió una posición muy estricta al impedir cualquier forma de control salvo mandato judicial, consideramos que la medición de actos externos del mensaje no llega a vulnerar el secreto de las comunicaciones consagrado por la Constitución y que dicha conducta puede ser ejercida por el empleador, siempre bajo criterios de racionabilidad y las necesidades del centro de trabajo.

11. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.

La elección del lugar de residencia puede verse afectado cuando el empleador requiere que el trabajador cambie su lugar de domicilio. Dado que este aspecto de la relación laboral no se encuentra regulado por nuestra normativa, consideramos que el lugar de residencia constituye un elemento esencial del contrato de trabajo (al tener sustento constitucional) por lo que toda variación con vocación de permanencia –por tanto, excluimos los traslados eventuales– debería ser objeto de un acuerdo entre las partes.

12. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas.

No resulta aplicable al tema estudiado, así como los siguientes, que mencionamos con fines ilustrativos.

13. A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa.

Marco general del derecho a la libertad sindical.

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

---

[11] Se puede encontrar en la siguiente página web: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01058-2004-AA.html.

La libertad de contratar, aplicable a ambas partes de la relación laboral.

15. A trabajar libremente, con sujeción a ley.

La consagración constitucional de la libertad de trabajo.

16. A la propiedad y a la herencia.

De poca o nula aplicación en una relación laboral.

17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

Idem.

18. A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional.

Un complemento al derecho a la intimidad: las creencias políticas, filosóficas, religiosas o cualquier otra pueden ser reservadas, no reveladas por el trabajador (o normalmente el postulante a un empleo) salvo el caso de las empresas de tendencia o empresas ideológicas, supuesto en el que esas creencias resultan una condición esencial para la creación de la relación de trabajo. Eso si, el empleador debe ser realmente una empresa ideológica, tal como la doctrina ha estudiado, sin que el hecho que toda empresa siga una línea de pensamiento la convierta en tal.

19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

    Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.

Derecho inaplicable para el tema consultado, salvo que se entienda como fortalecimiento de la intimidad de cada trabajador, a efectos de que el empleador no busque modificar la citada identidad.

20. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

    Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición.

Derecho que tiene como destinatario solamente al Estado, salvo que incluyamos al empleador como autoridad, supuesto que no compartimos.

21. A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella. Tampoco puede ser privado del derecho de obtener o de renovar su pasaporte dentro o fuera del territorio de la República.

No aplicable.

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

Derechos que podrían alegarse en un caso de acoso moral. Y el disfrute del tiempo libre para negarse a obedecer al empleador fuera de la jornada de trabajo. Asimismo, la mención al descanso podría fundamentar la aplicación de las vacaciones para todos los trabajadores, sin importar el número de horas laboradas[12], tal como entendemos lo prevé el artículo 25 de la Constitución.

23. A la legítima defensa.

Inaplicable, salvo que se quiera entenderlo como sustento del derecho de defensa de toda imputación del empleador y que legislativamente se encuentra previsto para los procedimientos de despido[13].

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.
b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.
c. No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.
d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.
e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.
f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia.

---

[12] Tal como lo establece el decreto legislativo N° 713 y su reglamento, el decreto supremo N° 12-92-TR.

[13] Artículo 31 de la ley de productividad y competitividad laboral antes citada.

Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.

En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.

g. Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.

h. Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.

Extenso numeral vinculado a las garantías relacionadas con el disfrute de la libertad personal. No obstante, el último párrafo podría ser utilizado para los casos de acoso moral en el centro de trabajo o con ocasión de la relación laboral, salvo que se entienda que dicha previsión solamente está vinculada a los casos de detención.

Artículo 3°. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

En caso surgiese alguna duda sobre la enumeración de los derechos considerados fundamentales, la Constitución finaliza su primer título señalando lo antes copiado, es decir, que la relación de derechos no es cerrada, tomando en cuenta siempre, entre otros elementos, la dignidad del hombre. Por tanto, una relación laboral, o el acuerdo entre empleador y trabajador, no resulta un espacio que excluya todos los derechos antes mencionados.

Sobre el caso concreto de la intimidad y la privacidad, tenemos que la base de toda evaluación será la dignidad y la integridad, y que los derechos específicos protegidos son los enunciados en los numerales 2, 3, 7, 10 y 18 del artículo 2, sin perjuicio de los que podamos encontrar en cualesquiera de los documentos internacionales que el Perú haya suscrito.

PODER DE DIRECCIÓN Y DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR EN RELACIÓN A SU SALUD

Luz Pacheco Zerga*

La salud es un bien fundamental y, por esa razón, la Constitución reconoce el derecho a su protección (art. 7). El Tribunal Constitucional (TC), ha precisado que este derecho conlleva «el deber de contribuir a su promoción y defensa»[1]. Por salud, sigue diciendo el TC, se entiende «la facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como de restituirlo ante una situación de perturbación del mismo»[2].

Este derecho, al igual que los demás contenidos en la Constitución impone una doble dimensión: subjetiva y objetiva. La primera se refiere al necesario espacio de libertad de ejercicio. La segunda, al ámbito de actuación positiva del poder público, que le obliga a poner en marcha políticas serias de promoción de los derechos[3].

El TC también ha precisado que, si bien el derecho a la salud no está contenido en el capítulo de derechos fundamentales, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida (art. 2°), a la integridad (art. 2°) y al principio de dignidad (art. 1° y 3°), que lo configura como un derecho fundamental indiscutible, pues, constituye «condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo» (art. I, Título Preliminar de la Ley N.° 26842, General de Salud)[4].

---

* Doctora en Derecho, optado en la Universidad de Navarra, España.

1 Exp. 1429-2002- HC/TC,del 19 noviembre 2002, f.j. 12.

2 *Ibidem*.

3 Cfr. Castillo Córdova, Luis, *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*, Palestra, Lima, 2005, p. 344.

4 Cfr. Exp. 1429-2002- HC/TC, del 19 noviembre 2002, f. j, s 14.

Más aún, el derecho a la salud «constituye uno de los derechos constitucionales de mayor importancia»[5]. Por tanto, si el derecho a la salud es un bien fundamental directamente emparentado con la dignidad de la persona y ésta, a su vez, incluye el derecho a la intimidad[6], podemos afirmar que cuando nos referimos al derecho a la intimidad en relación a la salud, éste comprende tanto el ser titular de unas facultades negativas o de exclusión para impedir intromisiones no deseadas en la propia salud, como positivas para controlar los datos personales que a ella se refieren, que pueden ser comunicados en la vida social y constituyen el «derecho informático a la intimidad»[7].

En el ámbito laboral tiene importancia delimitar los alcances de este derecho para que el empresario ejercite su poder de dirección en armonía con el del trabajador. La facultad de organizar el trabajo y exigir el cumplimiento del servicio pactado, debe ejercitarse con respeto a la dignidad y a la intimidad del trabajador, puesto que ninguna relación laboral puede «limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad» de éste[8]. Por tanto, las facultades de dirección y control que le competen al empresario –para lograr los fines del contrato– se encuentran delimitadas por el derecho a la intimidad en relación a la salud.

La protección de la intimidad de la salud del trabajador comprende tanto los aspectos físicos como los psíquicos y el empresario no puede violar –en relación a ellos– «aquél ámbito del derecho cuya revelación pública implica un grado de excesiva e irreparable aflicción psicológica en el individuo»[9]. Delimitar ese ámbito exige analizar las escasas normas laborales que regulan los poderes del empleador en relación a la salud del trabajador. En primer lugar rigen, como marco general hermenéutico, las disposiciones de la Ley 26842, Ley General de Salud (LGS), que establece las obligaciones genéricas del empresario en relación a la salud e higiene[10] y las específicas, sobre el derecho a la intimidad de

---

5 Exp. 1429-2002- HC/TC, del 19 noviembre 2002, f.j. 15. La Ley General de Salud (N° 26842) califica su protección como «de interés público» (Título Preliminar, II).

6 Sobre la relación entre dignidad e intimidad remito a lo escrito en Pacheco Zerga, Luz, *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2007, Capítulo III.

7 Para una explicación más amplia ver Pacheco Zerga, Luz, «El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos: un estudio de derecho comparado», en *Laborem*, N° 6, 2006, pp. 26 y ss.

8 Cfr. Constitución del Perú (CP), art. 23.

9 Exp. 011-2004-AI/TC, 21 septiembre 2004, f.j. 37.

10 Los arts. 100 a 102 se refieren a las obligaciones que competen a quienes conduzcan o administren centros de trabajo de proteger la salud de los trabajadores y de los terceros en sus actividades, así como de proveer de las adecuadas medidas de higiene y seguridad en los locales que utilicen.

cualquier usuario de un servicio de salud[11]. Por su parte, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) ha previsto como causal de despido la negativa a someterse a un examen médico previamente convenido o establecido por la ley[12], y la nulidad del despido producido en cualquier momento de la gestación o dentro de los noventa días posteriores al parto, si no se acredita la existencia de causa justa y la trabajadora hubiera notificado «documentalmente» al empresario su estado[13]. Complementa está disposición la Ley 28048, que faculta a una mujer gestante a solicitar un cambio de labor cuando ésta afecte su saludo y/o el desarrollo normal del embrión y feto. La LPCL, además, ha calificado como falta grave la negativa del trabajador a someterse a una prueba médica para determinar si se encuentra en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas o sustancias estupefacientes[14]. Por último, ha establecido como causales de suspensión del contrato de trabajo, tanto la enfermedad y el accidente comprobados, como la maternidad durante el descanso pre y postnatal[15]. Finalmente, el Reglamento de Seguridad e Higiene en el Trabajo (D.S. 009-2005-TR) recoge la obligación del empresario de practicar exámenes médicos a sus trabajadores antes, durante y al término de la relación, acordes con los riesgos a los que están expuestos[16].

Debemos, por tanto, dilucidar cómo opera el deber de respeto a la intimidad de la salud del trabajador en estos supuestos, a la luz de la doctrina académica y de la jurisprudencia nacional y de derecho comparado. Para ello, dividiremos el presente estudio en tres apartados: a) La intimidad informática y la utilización de datos de salud del trabajador b) El derecho a la intimidad en los casos de maternidad y; c) El derecho a la intimidad de la salud en los casos de control empresarial.

1. LA «INTIMIDAD INFORMÁTICA» Y LA UTILIZACIÓN DE DATOS PERSONALES DEL TRABAJADOR

El derecho a la intimidad del trabajador se extiende a los datos personales que el empresario conozca por los procesos de selección y contratación de personal

---

[11] Ley 26842: Artículo 150.- Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho:
a) Al respeto de su personalidad, dignidad e intimidad;
b) A exigir la reserva de la información relacionada con el acto médico y su historia clínica, con las excepciones que la ley establece.

[12] Art. 23 c).

[13] Art. 29 e).

[14] Art. 25 e).

[15] Art. 12 b) y c) . Dejamos fuera de este análisis la invalidez temporal y la absoluta permanente por exceder los objetivos previstos para esta investigación.

[16] Art. 39 d).

o por otras circunstancias anejas a la celebración o ejecución del contrato de trabajo, como pueden ser una solicitud de crédito, la afiliación a determinado sindicato, una enfermedad, etc. El uso que puede hacer de esta información debe ser conforme al art. 2.6 de la Constitución del Perú [17]: disposiciones semejantes se encuentran en el Derecho comparado, que nos servirán de referencia para nuestro análisis[18].

La jurisprudencia y la doctrina académica españolas se refieren al derecho a «la intimidad informática del trabajador»[19], resultante de la extensión del empleo de computadoras y ficheros electrónicos en las empresas, que si bien son una fuente de progreso constituyen, a la vez, un riesgo adicional a la protección de los datos personales[20]. La intimidad informática constituye un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental: «el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos»[21]. En este sentido el derecho a impedir la intromisión en la intimidad, no sólo tiene un aspecto pasivo, de repeler la injerencia, sino activo, de controlar los datos personales que se hayan tenido que comunicar por exigencias de la relación laboral.

En este sentido el TC peruano ha declarado que «el derecho a la intimidad no importa, *per se*, un derecho a mantener en el fuero íntimo toda información que atañe a la vida privada, pues sabido es que existen determinados aspectos referidos a la intimidad personal que pueden mantenerse en archivos de datos, por razones de orden público (vg. historias clínicas). De allí la necesidad de que

---

17 «Toda persona tiene derecho: (...) A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar».

18 Cfr. del Rey Guanter, Salvador, «Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo», en *Relaciones Laborales*, II, 1993, 138, Port ejemplo, la Constitución Española (CE) establece en su art. 18.4: «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». En este país ha sido desarrollada legislativamente el alcance de esta protección por la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), que al proteger los datos de carácter personal, lo que hace es proteger a personas concretas.

19 Ver las reflexiones y referencias bibliográficas citadas por de Vicente Pachés, Fernando, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998, pp. 135 y ss.

20 Si según el Parlamento Europeo, sólo una 'sociedad informatizada puede ser democrática», entonces «sólo con unas relaciones laborales informatizadas puede profundizarse en los valores superiores que nuestra Constitución consagra». del Rey Guanter, «Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo», p. 160.

21 Sentencia del Tribunal Constitucional español (STCe) 254/1993 (RTC1993, 254), f.j. 6.

la propia Carta Fundamental establezca que el acceso a dichas bases de datos constituyan una excepción al derecho fundamental a la información, previsto en el primer párrafo del inciso 5 del artículo 2° de la Constitución»[22].

En España, el TC ha negado la posibilidad de que el empresario cuente con un fichero informatizado, no individualizado, en el que consten las incapacidades temporales de los trabajadores. Ese Tribunal otorgó el amparo a un trabajador que solicitó la destrucción del expediente que tenía la empresa conteniendo sus datos de salud, dentro de una base de datos que contenía las revisiones periódicas realizadas por los servicios médicos de la empresa y empresas médicas subcontratadas, así como los certificados por incapacidad temporal extendidos por los facultativos de la Seguridad Social, argumentando que no había otorgado su consentimiento expreso para que existiera tal fichero[23]. El trabajador desempeñaba en ese momento la Presidencia del Comité de Empresa y solicitó a la empresa la relación de los datos relativos a su salud contenidos en el fichero médico. De este modo pudo comprobar que estaban consignadas las «bajas» (ausencias subsidiadas) temporales que había causado desde abril de 1988 hasta agosto de 1995. El trabajador consideró vulnerado su derecho a la intimidad y demandó al empresario. El Juzgado de lo Social y el Tribunal de los Social de Justicia (TSJ) de Cataluña consideraron que no se había producido tal vulneración porque el fichero era manejado sólo por los médicos, que guardaban el sigilo profesional, se había entregado copia de los mismos únicamente al interesado y que la existencia del fichero era una obligación del empresario, de acuerdo a las normas vigentes[24]. No obstante, ambas instancias, advirtieron al reclamante de la posibilidad de dirimir en la jurisdicción contencioso administrativa el cumplimiento de la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal (LORTAD) o de dirigirse a la Agencia de Protección de Datos, para realizar el reclamo correspondiente.

El fichero, según consta en los hechos probados recogidos en la sentencia, era «no individualizado» y había sido rotulado como de «absentismo por baja médica», aunque no se hubiese probado la función controladora de absentismo. No obstante, la sentencia del TC parte de este supuesto y concluye que se trataba de un instrumento controlador de bajas del empresario, por lo que constituía

---

[22] Exp. 011-2004-AI/TC, 21 septiembre 2004, f.j. 35.

[23] STCe 202/1999 (RTC 1999, 202).

[24] Resume la normativa aplicable a este caso y comenta crítica y detalladamente esta sentencia MONTOYA MELGAR, Alfredo, «Sentencia 202/1999, de 8 de noviembre. Ficheros de datos automatizados sobre la salud del trabajador y derechos a la intimidad y la libertad informática», en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, vol. XVII, ALONSO OLEA, Manuel / MONTOYA MELGAR, Alfredo (eds.), Civitas, Madrid, 1999, pp. 300-07.

una «medida inadecuada y desproporcionada», contraria al derecho a la intimidad y a la «libertad informática», porque la ley no faculta al empresario a controlar el absentismo, mediante el almacenamiento informático de los datos relativos a la salud, sin el consentimiento de los trabajadores[25]. No obstante, cabe preguntarse ¿cómo es posible delimitar la obligación del pago de subsidios por el empresario si no se lleva un registro de los días de ausencia (baja) médica por Incapacidad Temporal originada por riesgos comunes[26]? La necesidad de contar con un documento en el que consten estos datos no sólo es una necesidad material indispensable para cumplir con la obligación legal, sino también un derecho del trabajador, que puede exigir a las instituciones públicas de sanidad, una «constancia por escrito de todo su proceso»(art. 10.11 Ley General de Sanidad[27]). Por tanto, resulta intrascendente el soporte material del documento, ya que éste tiene necesariamente que existir.

A mayor abundamiento, la doctrina laboral española hizo notar que, en este caso y a la vista de los hechos probados, el objetivo del fichero era aún más amplio porque tendía a «garantizar la salud del trabajador en el marco constitucional del derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE)»[28]. De allí, que las conclusiones a las que llegó el Alto Tribunal sobre la vulneración a la intimidad por considerar que la medida era desproporcionada y la utilización de los datos desviada, no parece tener asidero en los hechos probados[29]. Al empresario le

---

[25] STCe 202/1999 (RTC 1999, 202).

[26] En España el empresario es responsable de las prestaciones por Incapacidad Temporal derivada de riesgos comunes desde los días cuarto al decimoquinto (art. 131 Ley General de Seguridad Social). En el Perú, de acuerdo con el artículo 15° del D.S. N° 009-97, Reglamento de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, el subsidio por incapacidad temporal se otorga en dinero, con el objeto de resarcir las pérdidas económicas de los afiliados regulares en actividad, derivados de la incapacidad para el trabajo ocasionada por el deterioro de su salud. Equivale al promedio diario de las remuneraciones de los últimos cuatro meses inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia, multiplicado por el número por el número de días de goce de la prestación. El derecho a subsidio por cuenta del Seguro Social de Salud se adquiere a partir del vigésimo primer día de incapacidad. Durante los primeros 20 días de incapacidad, la entidad empleadora continúa obligada al pago de las remuneraciones o retribución. Para tal efecto, se acumulan los días de incapacidad remunerados durante cada año calendario.

[27] Ley 14/1986, de 25 abril.

[28] MONTOYA MELGAR, «Sentencia 202/1999, de 8 de noviembre. Ficheros de datos automatizados sobre la salud del trabajador y derechos a la intimidad y la libertad informática», p. 305.

[29] La sentencia anuló las resoluciones impugnadas, declaró contraria al derecho a la intimidad la existencia de diagnósticos médicos en la base de datos y ordenó su eliminación. No obstante, la única infracción que realmente cometió el empresario fue la de no inscribir el fichero en el registro de la Agencia de Protección de Datos, una obligación que no estaba

queda como opción, luego de este pronunciamiento, rotular ese tipo de archivo de modo tal que no siembre dudas sobre su finalidad o solicitar expresamente el consentimiento del trabajador para almacenar la información sobre su salud, especificando el objetivo de tal control.

En nuestro país, el TC al analizar los alcances del secreto bancario ha declarado que «determinadas manifestaciones del derecho a la intimidad no importan conservar en conocimiento privativo del titular la información a ella relativa, sino tan sólo la subsistencia de un ámbito objetivo de reserva que, sirviendo aun a los fines de la intimidad en tanto derecho subjetivo constitucional, permitan mantener esa información reservada en la entidad estatal que corresponda, a fin de que sea útil a valores supremos en el orden constitucional, dentro de márgenes de razonabilidad y proporcionalidad»[30]. Por tanto, *mutatis mutandi* podemos afirmar que el empresario puede utilizar la información reservada de la salud del trabajador dentro de esos mismos márgenes y, en todos los casos, para fines constitucionales y lícitos. Por tanto, es conforme a los valores de la Constitución tener un fichero electrónico de datos de salud que sean empleados con la reserva establecida en la LGS y para los fines previamente determinados por las partes.

2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LOS CASOS DE MATERNIDAD

Hemos visto que el poder de control o dirección del empresario puede verse afectado cuando despide a una mujer embarazada, o cuando ésta solicita el descanso pre o post natal, así como un cambio de labores porque las que realiza afectan su salud y/o constituyen un riesgo para el embrión o feto.

En la legislación nacional se exige que la trabajadora haya comunicado «documentalmente» su estado al empresario para que proceda la protección del despido nulo (LPCL, art. 29 e). En el Derecho comparado encontramos posturas diversas sobre la exigencia de comunicar el estado de embarazo para que proceda la protección contra el despido arbitrario. Sin embargo, la tendencia dominante es la de no exigir esa comunicación, como se aprecia en Ley de Conciliación de la vida familiar y laboral de España, Ley 29/1999, de 5 de noviembre, que supera la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992,

---

tipificada como falta administrativa en la LORTAD, pero sí en la LOPD, en el art. 44.2 c) y 3 k). En este mismo sentido se pronuncia Ibid., 307., Otro sector de la doctrina no cuestiona esta sentencia, Cfr., por todos, MERCADER UGUINA, Jesús R., «Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?», en *Relaciones Laborales*, N° I, 2001, p. 676.

[30] Exp. 011-2004-AI/TC, 21 septiembre 2004, f.j. 38.

relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de trabajadora embarazada[31].

En consecuencia, la prueba documental a que se refiere el inciso e) del art. 29 de la LPCL resulta anacrónica y debe interpretarse en forma sistemática y teleológica, teniendo en cuenta las disposiciones de la CEDM y las normas supranacionales imperativas –*ius cogens*–, ante las cuales no es lícito oponer las normas de derecho interno para eximirse de su cumplimiento. De allí que los jueces deban brindar a la mujer embarazada una tutela más enérgica. Parece más conforme con el respeto debido a la intimidad de la trabajadora, el dispensarla «de la carga de acreditar los indicios de discriminación y singularmente el conocimiento por el empresario del embarazo, prueba muy difícil y posiblemente atentatoria a la dignidad de la mujer que no tiene porqué participar su estado para salvaguardar su puesto de trabajo»[32]. Lo cual, indudablemente, exige una reforma de la actual normativa.

En los casos en que la trabajadora gestante invoque la protección que le otorga la Ley 28048 por existir riesgos para la propia salud o la de su hijo por nacer la normativa el empresario debe cambiar de labores a la solicitante, a la presentación del certificado médico particular que ella presente[33]. En consecuencia, el empleador no puede exigir, como requisito para cumplir con el mandato legal, que ese certificado sea extendido o convalidado por un médico de la empresa. Y la trabajadora tiene derecho a dejar de trabajar en la labor que haya sido calificada como riesgosa[34]. Por tanto, la legislación le reconoce un derecho

---

[31] El texto vigente en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, modificado por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, contiene dos reglas que operan sobre ámbitos diferentes y con un alcance distinto. La primera se refiere a la nulidad de los despidos que respondan a un móvil que implique discriminaciones prohibidas por la Constitución o la ley, o violen derechos fundamentales o libertades públicas de los trabajadores, abstracción hecha de su sexo, son nulos. La segunda, es la contenida en el apartado b) del mismo precepto, que declara nulo el despido de las trabajadoras embarazadas desde el inicio del embarazo hasta el comienzo de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad. «La primera idea que sugiere la lectura de ambos pasajes del artículo 55.5 es la de que el «móvil» en el despido de la trabajadora embarazada, a diferencia de lo que sucede en el anterior supuesto, resulta indiferente, en cuanto no se alude a móvil alguno que determine la conducta empresarial; de lo que se trata es de proteger la maternidad en sí misma, con independencia de las razones que puedan llevar al empresario a prescindir de los servicios de la trabajadora gestante». IGLESIAS CABRERO, Manuel, *Garantías de las trabajadoras embarazadas frente al despido. Una cuestión que sigue suscitando dudas*, Thomson Reuter, II, 2009 [cited 767), p. 19.

[32] Voto Particular firmado por siete Magistrados de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo español en la Sentencia en Casación del 19 de julio de 2006 (RJ 2006\6653).

[33] D.S. N° 009-2004-TR, art. 7.

[34] D.S. N° 009-2004-TR, art. 12.

de exclusión de acciones que considera negativas para su salud y la de su hijo por nacer. Asimismo, tiene el derecho de que se mantenga la confidencialidad de los daños que puedan seguirse a la exposición que haya tenido a los agentes físicos o químicos calificados como dañinos para ella y/o su hijo (a).

3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LOS CASOS DE CONTROL EMPRESARIAL

El control de la salud del trabajador es una obligación para el empresario y un deber para el trabajador, que se encuentra regulado en las normas específicas a las que nos hemos referido en los apartados anteriores[35]. A su vez, la LPCL califica como causa de suspensión del contrato la enfermedad o el accidente comprobados (art. 12 b) y de despido «la negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes» (art. 23 c).

Las finalidades de estas disposiciones son diversas. La primera de ellas se ordena a que el empresario pueda verificar el estado de salud del trabajador ante las faltas de asistencia al trabajo y comprobar si éstas son justificadas o injustificadas y reorientarlas a las medidas disciplinarias que corresponda[36]. La segunda, se encuadra dentro del deber de vigilancia de la salud del trabajador, en relación a los riesgos inherentes al trabajo, y persigue poner los medios adecuados para garantizarla[37].

En relación al primer supuesto, no existe disposición legal alguna que faculte al empresario, a verificar el estado de salud del trabajador enfermo por medio de médicos designados por la empresa. Sin embargo, esta potestad puede estar recogida en el Reglamento Interno de Trabajo o en el Convenio Colectivo, al no haber ninguna disposición legal al respecto. En estos casos, es frecuente que las

---

[35] Ley General de Salud, Reglamento de Seguridad y Salud en el trabajo, Ley de Protección de la Madre Gestante.

[36] LUQUE PARRA, Manuel / MARTÍNEZ FONS, Daniel, «La determinación de la prestación de servicios», en *Tratado práctico de Derecho del trabajo y Seguridad Social*, MARTÍN VALVERDE, Antonio / GARCÍA MURCIA, Joaquín (dir. y coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 711.

[37] Desarrolla *in extenso* el alcance de este precepto en el Derecho español: PEDROSA ALQUÉZAR, Sonia Isabel, *La Vigilancia de la Salud en el Ámbito Laboral*, Consejo Económico Social, Madrid, 2005. Se puede consultar también DE VICENTE PACHÉS, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, pp. 265-94., MARTÍNEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, pp. 343-65, BLASCO PECILLER, Ángel, «El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimida del trabajador», en *Trabajo y libertades públicas*, BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), La Ley, Madrid, 1999, pp. 249-79.

empresas supediten el reconocimiento de la suspensión imperfecta del contrato de trabajo a la verificación del estado de enfermedad. De ser así, el empresario se encuentra obligado a enviar el médico al domicilio del trabajador si éste no pudiera acercarse al consultorio médico y no podrá alegar carecer de personal suficiente para realizar esta función para descalificar la suspensión del contrato de trabajo, ni puede obligar al trabajador a trasladarse si esto perjudica su salud. Lo contrario constituiría un abuso del derecho, no amparado ni por la Constitución ni por el Ordenamiento jurídico en general[38], que atentaría contra el deber de buena fe que obliga al empresario con la misma fuerza que al trabajador[39] y contra el derecho fundamental a la intimidad.

En caso que el trabajador se encontrase en su domicilio, se debe respetar la inviolabilidad del domicilio y, reiteramos, no se le puede obligar a desplazarse a otro lugar, con detrimento de su salud. A lo sumo, si el empresario duda de la veracidad del estado de incapacidad temporal y, por tanto, sospecha que se ha quebrantado de la buena fe laboral, podrá contratar los servicios de detectives privados, cuyo testimonio será válido como prueba testifical[40].

En relación al segundo supuesto, –los controles periódicos de salud– nos encontramos con una medida de control y vigilancia del empleador dirigida a proteger al trabajador y, a su vez, a deslindar su responsabilidad en caso de enfermedad profesional. El trabajador tiene derecho a negarse a ser sometido a un examen médico no convenido previamente ni exigido por la legislación vigente: su negativa no puede ser empleada para efectos disciplinarios porque forma parte del derecho a la intimidad. Por el contrario, cuando esa negativa desconoce un pacto previo o un mandato legal, la sanción prevista legalmente es el despido justificado. La razón es evidente: se incumple un deber nacido de la voluntad de las partes o del Ordenamiento vigente y, además, se quebranta el deber de obrar de buena fe, es decir, con veracidad y lealtad respecto a los compromisos asumidos con el contrato de trabajo[41].

No obstante, en ningún caso es lícito realizar un examen médico contra la voluntad del trabajador: lo contrario sería desconocer su derecho a resguardar un espacio de intimidad, aún cuando ejercite esa facultad indebidamente. Negársela equivaldría a negar su condición personal y el respeto integral que

---

[38] CP, art. 103 y art. II del Titulo Preliminar del Código Civil.

[39] Para un estudio más amplio de esta cuestión remito a lo ya expresado en Pacheco Zerga, *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, pp. 54-58.

[40] En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español en una sentencia del 23 enero 1990 (RJ 1990/198).

[41] Cfr. Pacheco Zerga, Luz, «Respeto a la dignidad humana y deber de buena fe», en *Análisis Laboral*, N° 354, 2006, pp. 7-9.

merece todo ser humano. No se puede olvidar que *lo digno* en el ser humano «no es sólo su razón, sino también su naturaleza corporal»[42]. El deber de mutuo respeto que caracteriza la relación jurídico-laboral no se agota en el que se le debe al cuerpo y a su integridad, pero es el punto de partida de las relaciones humanas.

El derecho a la intimidad permite excluir a terceros de cualquier intromisión en la esfera íntima, así como prohibirles hacer uso de lo que puedan conocer de ese ámbito[43]. Los terceros tendrán acceso a la privacidad de la persona cuando exista una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada[44] o cuando el interesado otorgue un consentimiento eficaz, porque, en definitiva, «corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno»[45].

En consecuencia, el control sobre la salud del trabajador que legítimamente puede realizar el empresario, quedará en la esfera externa de la conducta de aquél. Si el trabajador se niega a ser examinado por el médico que determine la empresa, no es posible imponerle por la fuerza ese control. Si la negativa del trabajador fuera irrazonable y obstruccionista, el empresario estará facultado a imponer las sanciones disciplinares que crea conveniente, de acuerdo al quebranto de la buena fe que implique esa conducta[46].

El examen médico puede ser equiparado a una forma de registro personal. Por eso resulta útil conocer una acción de amparo resuelta por el TC español[47]. Este Tribunal amparó la demanda de un recluso, que se negó a obedecer la orden de desnudarse y hacer flexiones para que el vigilante pudiera comprobar si se

---

42 González, Ana Marta, «La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica», en *Biotecnología, Dignidad y Derecho: bases para un diálogo*, EUNSA, Pamplona, 2004, p. 30.

43 Ver art. 15 b) de la Ley 26842 y art. 120, que establece: Toda información en materia de salud que las entidades del Sector Público tengan en su poder es de dominio público. Queda exceptuada la información que pueda afectar la intimidad personal y familiar o la imagen propia (...)».

44 Así lo reconocen las SSTCe 44/1999 (RTC 1999, 44); 207/1996 (RTC 1996, 207); 292/2000 (RTC 2000, 292) y 70/2002 (RTC 2002, 70).

45 STCe 83/2002 (RTC 2002, 83).

46 Sobre el poder sancionador del empresario en este aspecto y las soluciones que aporta la doctrina ante la disconformidad entre el informe médico privado y el público, ver Luque Parra / Martínez Fons, *La determinación de la prestación de servicios*, pp. 711-12. En similar sentido opina Sala Franco, Tomás, «El derecho a la intimidad y a la propia imagen las nuevas tecnologías de control laboral», en *Trabajo y libertades públicas*, Borrajo Dacruz, Efrén (dir.), La Ley, Madrid, 1999, pp. 226-27. En el Perú es suficientemente claro el art. 23 c) de la LPCL.

47 STCe 57/1994 (RTC 1994, 57).

había introducido droga en el cuerpo. En este caso, aún cuando la orden estuviese encaminada a la seguridad y buen orden del centro, no se justificaba porque no se cohonestaba con el derecho a la intimidad del recluso[48]. La dignidad humana es título suficiente para no ser sometido a un trato degradante, como sería violentar el sentimiento de pudor personal, que está protegido por el ordenamiento y por la jurisprudencia constitucional del Perú y del derecho comparado[49].

De lo afirmado hasta ahora se puede concluir que el derecho a la intimidad se extiende tanto al ámbito *corporal* como al *personal*. Esta distinción es importante porque permite proteger de injerencias sobre el propio cuerpo y de aquellas que se realicen sobre la esfera no física pero igualmente privada o íntima de la persona. El derecho a la intimidad corporal no se agota en la realidad física del cuerpo humano, sino que la trasciende y se integra en una valoración cultural, que se concreta en el sentimiento de pudor y de recato personal. Estos sentimientos protegen ese *minimum* inviolable de la dignidad de la persona, reafirmado por la jurisprudencia constitucional peruana[50], en el que se desarrolla un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás y que resulta necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima en la vida humana[51].

---

48 STCe 57/1994 (RTC 1994, 57). La sentencia afirma que de haberse acreditado la necesidad de la medida por las circunstancias del centro penitenciario, la orden hubiera sido lícita y la sanción impuesta al recluso que se negó a obedecerla, justificada. El TC, siguiendo su criterio de jerarquización de derechos, en base a límites externos y no internos, afirma que «la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto» [STCe 37/1988 (RTC 1988, 37)]. La amplitud de este pronunciamiento vulnera el carácter inviolable que tienen los derechos inherentes a la dignidad (art. 101.CE), entre los cuales se encuentra el de la intimidad corporal, que, sin razón suficiente y contra toda lógica, la S. desvincula de la dignidad personal, al afirmar que un acto puede atentar contra la intimidad corporal pero no por eso ser vejatorio, como si el cuerpo no fuera la expresión de la persona. Hubiera sido deseable que el TC reconociera que un registro de este tipo sólo es procedente cuando esté en juego la vida e integridad física del grupo social, pero salvaguardando siempre y en todos los casos, el respeto a la dignidad personal de la persona sospechosa de conducta fraudulenta.

49 STCe 57/1994 (RTC 1994, 57). Este derecho delimita también la facultad del empresario de realizar registros en la persona del trabajador cuando sospecha que tiene en su poder bienes de la empresa.

50 Ver, por todos, Exp. 0010-2002, AI/TC del 3 enero 2003, f.j. 214.

51 En este sentido se han pronunciado, en el Derecho comparado entre otras, las SSTCE 231/1988 (RTC 1988, 231); 197/1991 (RTC 1991, 197); 57/1994 (RTC 1994, 57); 143/1994 (RTC 1994, 143); 207/1996 (RTC 1996, 207); 98/2000 (RTC 2000, 98); 156/2001 (RTC 2001, 156) y 127/2003 (RTC 2003, 127).

Por tanto, el consentimiento del trabajador resulta esencial para la licitud del control. Consideramos que sólo sería posible obviar ese consentimiento, cuando estuviese en riesgo la vida del trabajador o de sus compañeros de trabajo, siguiendo un criterio establecido por la jurisprudencia constitucional española[52]. Por otro lado, no serían suficientes, para considerar otorgado el consentimiento, el que unas determinadas pruebas hayan sido pactadas en el convenio colectivo, ni que se encuentren en los protocolos o manuales internos aprobados por la Dirección de la empresa. En todos los casos es necesario que el trabajador conozca el tipo de prueba que se le hacen y los fines para los cuales se emplearán esos resultados. No convalida el consentimiento el hecho de entregar una muestra de materia orgánica: la información ha de ser específica y el consentimiento expreso, aunque no necesariamente por escrito[53].

La finalidad de este control, como ya hemos dicho, es la de proteger la salud del trabajador, por tanto la información que se obtenga mediante uno de estos controles no puede utilizarse para fin distinto del establecido en la ley de la materia, de hacerlo se vulneraría la intimidad del trabajador afectado y sería una utilización discriminatoria[54]. En consecuencia, ese reconocimiento

---

[52] La STCe 196/2004 (RTC 2004, 196) ha restringido los alcances de la sustitución del consentimiento del trabajador, por el de sus representantes legales sólo a estos casos extremos. En estas situaciones habrá de observarse, lo que establece el art. 22.1 Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) **in fine**, según el cual se «realizarán los reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo».

[53] STCe 196/2004 (RTC 2004, 196). Lo difícil, en estos casos, sería la prueba.

[54] Por esta razón, en España le fue concedido el amparo a una trabajador a la que se le detectó un consumo de *cabbanis* superior al permitido en los estándares de la empresa y, por esta razón, no se le renovó el contrato de trabajo. Atendiendo a que se le habían renovado los anteriores contratos temporales por tres años consecutivos, el TC concluye, al margen de otras consideraciones, que se utilizaron los resultados del control para un fin distinto al previsto, esto es, la extinción del contrato de trabajo, en lugar de orientarlo a una mejora de la salud. STCe 196/2004 (RTC 2004, 196). Sobre la necesidad de probar la habitualidad y la repercusión negativa en el trabajo para reconducir un dato que revela el consumo de estupefacientes o alcohol hacia la causa de despido del art. 54.2 f) ET, ver Martínez Fons, Daniel, «Intimidad y vigilancia de la salud del trabajador en la relación de trabajo (Iberia). Comentario a la STCO 196/2004, de 14 de noviembre», en *IUSLabor*, N° 2, 2005. En el Perú, esta limitación al empleo de la información que obtenga el empresario está expresamente señalada en el art. 68 b. del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el trabajo, que establece como un derecho del trabajador el ser informado a título personal, «sobre los resultados de los informes médicos previos a la asignación de un puesto de trabajo y los relativos a la evaluación de su salud. Los resultados de los exámenes médicos al ser confidenciales, no son pasibles de uso para ejercer discriminación alguna contra los trabajadores en ninguna circunstancia o momento».

médico no es «un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar»[55]. Así lo establece claramente nuestra legislación en el art. 68, b) del Reglamento de Seguridad y Salud en el trabajo.

Sin embargo, esto no impide que el empresario realice otros controles médicos para determinar la aptitud del trabajador para un puesto determinado. En este caso, no debe incluir el resultado de esas pruebas en la carta de despido, por la protección debida a la intimidad: será suficiente la remisión al resultado de esos controles, que son siempre de dominio del trabajador. El Tribunal Supremo español considera que, en estos despidos, la falta de precisión de la causa extintiva no vulnera el derecho de defensa del trabajador (art. 53.1 a) ET) porque no se puede prescindir «de la terminante reserva de toda información médica que impone la LPRL»[56]. Entendemos que nuestra legislación nos lleva a la misma conclusión.

Por último, el despido fundamentado en la enfermedad del trabajador que incapacita para desarrollar adecuadamente las labores pactadas no es ni atentatorio al derecho a la intimidad ni discriminatorio porque la causa del despido no es la enfermedad en sí misma sino la falta de aptitud para el trabajo[57].

---

[55] STCe 196/2004 (RTC 2004, 196). Ver el comentario a esta sentencia realizado por Gutiérrez-Solar Calvo, Beatriz, «Sentencia 196/2004, de 15 de noviembre. Vigilancia de la salud del trabajador y derecho a la intimidad», en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, vol. XX, Olea, Alonso / Montoya Melgar, Alfredo (eds.), Civitas, Madrid, 2004, pp. 391-412.

[56] «El derecho a la oportunidad de defensa del trabajador frente a la decisión extintiva del contrato de trabajo no puede considerarse gravemente afectado en el presente caso, por la ineludible limitación de su expresión causal, ya que, al haberle hecho saber que tal decisión venía determinada por el dictamen del Servicio de Vigilancia de Salud de la Mutua de Accidentes de Trabajo, consecuente al reconocimiento médico practicado en virtud de lo dispuestos en la LPRL, el trabajador pudo recabar de dicho servicio la comunicación del ‹‹resultado›› del reconocimiento, cuyo derecho le viene conferido por el artículo 22.3 de dicha Ley». STS de 22 julio 2005, (Recurso num. 1333/2004).

[57] En España se ha dilucidado esta cuestión con un criterio formalista y positivista: considerar que la enfermedad no está tipificada como factor de discriminación en el art. 14 de la Constitución y que, por tanto, el despido es válido. Un comentario sobre esa Sentencia (STCe 62/2008 de 26 mayo) se encuentra en Rodríguez-Piñero / Bravo Ferrer, Miguel, «Despido por enfermedad y discriminación», en *Relaciones Laborales*, N° 20, 2008, pp. 1-21.

BIBLIOGRAFÍA

BLASCO PECILLER, Ángel, «El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimida del trabajador», en BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.),*Trabajo y libertades públicas*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 249-79.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*, Palestra, Lima, 2005.

DE VICENTE PACHÉS, Fernando, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998.

DEL REY GUANTER, Salvador. «Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo», en *Relaciones Laborales*, II, 1993, pp. 135-60.

GONZÁLEZ, Ana Marta, «La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica», en *Biotecnología, Dignidad y Derecho: bases para un diálogo*, EUNSA, Pamplona, 2004, pp. 17-41.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz, «Sentencia 196/2004, de 15 de noviembre. Vigilancia de la salud del trabajador y derecho a la intimidad», en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, OLEA, Alonso / MONTOYA MELGAR, Alfredo (eds.), vol. XX, Civitas, Madrid, 2004, pp. 391-412.

IGLESIAS CABRERO, Manuel, *Garantías de las trabajadoras embarazadas frente al despido. Una cuestión que sigue suscitando dudas*, Thomson Reuter, II, 2009 [cited 767), p. 19.

LUQUE PARRA, Manuel / MARTÍNEZ FONS, Daniel, «La determinación de la prestación de servicios», en *Tratado práctico de Derecho del trabajo y Seguridad Social*, MARTÍN VALVERDE, Antonio / GARCÍA MURCIA, Joaquín (dir. y coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 699-712..

MARTÍNEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002.

– «Intimidad y vigilancia de la salud del trabajador en la relación de trabajo (Iberia). Comentario a la STCO 196/2004, de 14 de noviembre», en *IUSLabor*, Nº 2, 2005.

MERCADER UGUINA, Jesús R., «Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?», en *Relaciones Laborales*, Nº I, 2001, pp. 665-85.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, «Sentencia 202/1999, de 8 de noviembre. Ficheros de datos automatizados sobre la salud del trabajador y derechos a la intimidad y la libertad informática», en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, ALONSO OLEA, Manuel / MONTOYA MELGAR, Alfredo, vol. XVII, Civitas, Madrid, 1999, pp. 300-07.

PACHECO ZERGA, Luz, «El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos: un estudio de derecho comparado», en *Laborem*, N° 6, 2006, pp. 19-56.

– *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2007.

– «Respeto a la dignidad humana y deber de buena fe», en *Análisis Laboral*, N° 354, 2006, pp. 7-9.

PEDROSA ALQUÉZAR, Sonia Isabel, *La Vigilancia de la Salud en el Ámbito Laboral*, Consejo Económico Social, Madrid, 2005.

RODRÍGUEZ-PIÑERO / BRAVO FERRER, Miguel, «Despido por enfermedad y discriminación», en *Relaciones Laborales*, N° 20, 2008, pp. 1-21.

SALA FRANCO, Tomás, «El derecho a la intimidad y a la propia imagen las nuevas tecnologías de control laboral», en BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), *Trabajo y libertades públicas*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 201-30.

Primer Encuentro Peruano Chileno

Tema N° 3
El Servicio de Inspección de Trabajo

PONENCIAS OFICIALES

EL INSPECTOR Y SU ROL EN LA INVESTIGACIÓN COMO FACTOR DETERMINANTE PARA EL ÉXITO DEL SISTEMA DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO

Roberto Juan Servat Pereira de Souza*

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

La legislación laboral contiene, por regla general, normas de orden público cuyo cumplimiento son la base para que los actores de la relación laboral puedan ejercer adecuadamente sus derechos y protejan los espacios de autonomía. El cumplimiento de la normativa laboral está vinculado a la actividad fiscalizadora del Estado, y éste, a la función inspectiva. En nuestro país, si bien dicho servicio existe previo a la creación del propio Ministerio de Trabajo en el año 1949[1], desde esa fecha hasta la actualidad, constituye el servicio integrador y garante de los demás que brinda el sector.

En el contexto internacional, el surgimiento de la Organización Internacional del Trabajo con la suscripción del Tratado de Versalles[2], contiene el compromiso

---

* Profesor de Derecho Laboral, Universidad de Lima, Ex Vice Ministro de Trabajo.

1 Por Decreto Supremo del 24 y 30 de enero de 1913 se creó una oficina que tenía entre otras funciones la fiscalización laboral (sección obreros) en las intendencias de la Policía de Lima y Callao (Ministerio de Gobierno y Policía). Después pasaría dicha función al Ministerio de Fomento (1919), Ministerio de Salud Pública, Trabajo y Previsión Social (1935), Ministerio de Justicia y Trabajo (1942), Ministerio de Trabajo y Asuntos Indígenas (1949) y el Ministerio de Trabajo y Comunidades (1965), hoy Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

2 Artículo 427 del Tratado de Versalles: «(...) cada Estado deberá organizar un servicio de inspección, que comprenderá a las mujeres, con objeto de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos para la protección de los trabajadores».

de creación de los sistemas inspectivos de trabajo. En el plano de dicha organización, el Perú, mediante Resolución Legislativa No.13284, del 15 de diciembre de 1959, aprobó el Convenio OIT 81 sobre la inspección del trabajo, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo del 19 de junio del año 1947, documento que ha inspirado nuestra legislación sobre la materia[3].

A pesar que la función inspectiva ha constituido la base para el desarrollo de los servicios del sector Trabajo, es recién con la dación del Decreto Supremo No.003-71-TR, que se fortalece el sistema de inspección, para dar luego paso a cambios en el procedimiento mediante otros dispositivos de igual jerarquía[4].

2. LA PRIMERA LEY DE INSPECCIONES

Aunque la propia normativa internacional ratificada por nuestro país –Convenio 81 OIT– y la legislación administrativa nacional, exigía que el procedimiento de inspección del trabajo tenga la garantía y reconocimiento en una ley, fue recién durante el Gobierno de Transición Democrática que se pudo lograr. A pesar que después de la década del noventa se había generado un cuestionamiento por el excesivo –y muchas veces– indebido uso de las facultades delegadas del Congreso de la República a favor del Poder Ejecutivo, que permite nuestro texto constitucional, se logró mismo, atendiendo lo perentorio del Gobierno y la especialización de la materia inspectiva.

Es así que, luego de cumplido los treinta días de las facultades delegadas, el 17 de marzo de 2001 se promulgó el Decreto Legislativo N° 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador. Este dispositivo, más allá de la novedad del rango legislativo y la unificación normativa para regular el servicio inspectivo, aportó una serie de cambios importantes como son: reconocimiento

---

[3] Cabe señalar que ya en la primera reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo realizada en Washington (1919) se adoptó la Recomendación número 5 sobre la inspección del trabajo (servicios e higiene). Desde esa fecha la Conferencia adoptó una serie de instrumentos internacionales sobre la materia.

[4] El Decreto Supremo N° 003-71-TR reguló las inspecciones de trabajo como medio de verificación de incumplimientos para la aplicación de multas, no recogiendo las funciones de orientación y prevención de conflictos que exige el Convenio 81 OIT. Esta norma fue sustituida por el Decreto Supremo N°003-83-TR que clasificó las inspecciones en materia de trabajo en ordinarias, especiales y motivadas por denuncias. Este sistema incluyó el procedimiento de control de las normas de seguridad e higiene ocupacional con la publicación del Decreto Supremo N°032-83-TR. La consolidación del servicio inspectivo en materia de trabajo y de seguridad e higiene ocupacional se dio con el Decreto Supremo N°004-95-TR. Recién con el Decreto Supremo N°004-96-TR, predecesor del Decreto Legislativo N°910, se reguló la diligencia previa y las funciones de orientación y prevención.

de los principios que debe observar el procedimiento inspectivo[5]; garantías mínimas del procedimiento; la inclusión dentro del ámbito de protección a los trabajadores públicos bajo régimen laboral privado y a los ex trabajadores; verificación de normas de promoción y formación en el trabajo; definición del perfil y facultades del inspector; participación de las organizaciones sindicales; entre otros.

Se rescató, al regular el carácter orientador y preventivo del sistema inspectivo, que dicho procedimiento más que un mecanismo punitivo, es un medio que busca ante todo el cumplimiento de la obligación laboral («cultura de cumplimiento»).

Sin perjuicio de ello, coincidimos con TOKMAN y MARTÍNEZ al señalar que el cumplimiento, más allá del rol fiscalizador que pueda tener el Estado, «es sencillo cuando cuentan con un alto grado de aceptación social, cuando en términos económicos no gravan de manera considerable a los empleadores, cuando cubren riesgos cuyas consecuencias recaen sobre el empleador, y teniendo como principal característica su fácil comprensión»[6].

Uno de los aspectos más resaltante de la referida ley fue el cumplimiento del Convenio 81 OIT con respecto al reconocimiento del inspector de trabajo como servidor público, con la protección y estabilidad en el empleo que le permita actuar en forma profesional y con independencia[7]. Recordemos que antes de dicha norma, aunque parezca paradójico, la mayoría de los inspectores de trabajo no tenían relación laboral con el Ministerio, y menos estaban protegidos por la legislación laboral y de seguridad social propia de los trabajadores dependientes. Esta ilegal situación, no solo afectaba la imagen del sector como cumplidor de sus obligaciones patronales, sino que le restaba autoridad como fiscalizador de la legalidad.

Después de este reconocimiento, y como consecuencia del mismo, permitió que el cuerpo inspectivo pueda ejercer sus derechos laborales, inclusive los de naturaleza colectiva. Así a manera de ejemplo podemos mencionar que meses después logran formar el Sindicato de Inspectores del Trabajo del Ministerio de

---

5 Principios de legalidad, primacía de la realidad, carácter irrenunciable de los derechos laborales, buena fe, razonabilidad, entre otros.

6 TOKMAN, Víctor / MARTÍNEZ, Daniel, «Los nuevos contenidos de la administración del trabajo y la modernización de los Ministerios de Trabajo en América Latina», en *Administración Laboral y Ministerios de Trabajo*, Lima, Oficina Internacional del Trabajo, 1997, p. 21.

7 Artículo 6 del Convenio 81: «El personal de inspección deberá estar compuesto de funcionarios públicos cuya situación jurídica y cuyas condiciones de servicio les garanticen la estabilidad en su empleo y los independicen de los cambios de gobierno y de cualquier influencia exterior».

Trabajo y Promoción del Empleo, llegando a suscribir convenios colectivos y recurrir a instancias internacionales para el respeto de sus propios derechos laborales[8]. Hoy en día cuentan con una regulación de una carrera profesional lo cual constituye un avance importante en la institucionalización del cuerpo inspectivo[9].

3. LA ACTUAL LEY DE INSPECCIONES

La presentación del Memorándum Técnico de Diagnóstico de la Administración del Trabajo del Perú, elaborada en mayo de 2003 por la Oficina Subregional para los Países Andinos de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT, y que fue continuado con la puesta en ejecución del proyecto de fortalecimiento de las administraciones de trabajo en Bolivia, Ecuador y Perú (FORSAT), motivó la revisión del Decreto Legislativo N° 910. Cabe señalar que también la Comisión de Expertos en Aplicación de Normas y Recomendaciones (CEANR) de la OIT precisó que varias normas de dicho Decreto Legislativo eran contradictorias con el texto del Convenio 81 OIT.

Este estudio recomendaba que se pudiera dictar una norma que fortaleciera la inspección del trabajo como institución, que se mejorara la seguridad jurídica y la garantía de los derechos laborales, y especialmente, lograr la eficacia de la inspección para lo cual debería asegurarse que el inspector pueda ejercer libre y adecuadamente sus funciones. Respecto a esto último, se advirtió que los procedimientos inspectivos privilegiaban las formalidades sobre la labor investigadora, abusando el administrado y la administración de las nulidades, llegando a extenderse en forma exagerada la duración del procedimiento, lo que afectaba su resultado. En otras palabras, debería privilegiarse las diligencias de investigación previas a la definición de un procedimiento sancionador.

De otro lado, se recomendó la necesidad de conformar un sistema nacional de inspección del trabajo que colabore con el proceso de descentralización de funciones del sector Trabajo, con la finalidad de homogenizar y coordinar los servicios inspectivos.

La actual Ley General de Inspección del Trabajo[10] –Ley N° 28806 (en adelante la Ley)– ha mantenido las garantías del debido procedimiento reconociendo mayores facultades y libertad de acción que tienen los inspectores de trabajo durante la realización de las actuaciones inspectivas previas al procedimiento

---

[8] En setiembre de 2003 el Sindicato de Inspectores de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo formula ante los órganos de la OIT observaciones por incumplimiento del Convenio 81 OIT.

[9] Decreto Supremo N°021-2007-TR, reglamento de la carrera del inspector de trabajo.

[10] Publicada el 22 de julio de 2006.

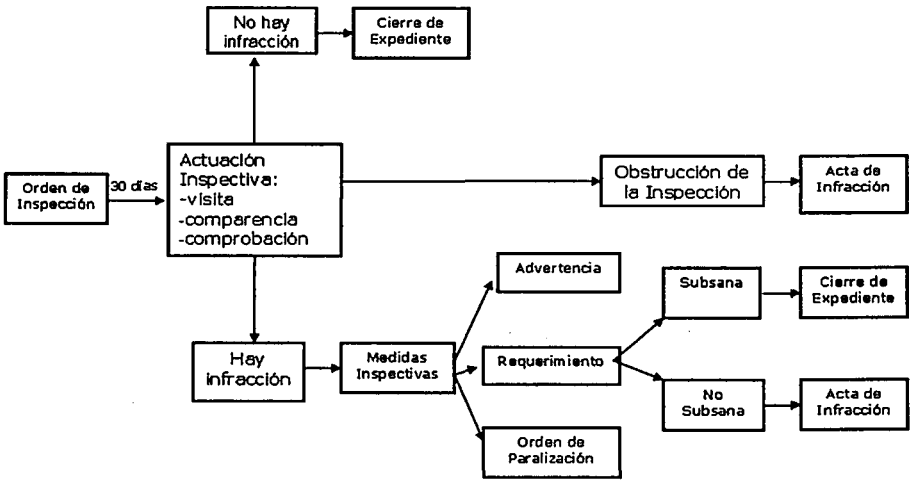
sancionador, sin perjuicio de destacar las diversas medidas inspectivas que tiene el inspector para buscar el cumplimiento de la normatividad sociolaboral y de seguridad e higiene ocupacional, que no se limitan al requerimiento o al acta de infracción[11].

Cabe señalar que también se ha dado a partir de dicha Ley un desarrollo en la gestión del Sistema Inspectivo que ha provocado su reestructuración así como un incremento en el número de inspectores[12].

4. ROL DEL INSPECTOR DE TRABAJO

4.1. La investigación

Quienes hemos tenido la oportunidad de participar en el desarrollo de los estudios y diagnósticos de la OIT que dieron origen a la actual norma de inspecciones, podemos recordar que todo el esfuerzo de la reforma se enfocaba en dotar al inspector del trabajo de todas las garantías, facultades y medios para que pudiera realizar adecuadamente su labor fiscalizadora. Pero para poder verificar



[11] Cuadro del procedimiento inspectivo actual

[12] A la fecha de la dación de la Ley se contaba con 213 inspectores a nivel nacional. Durante los años 2007 y 2008 se contrataron 200 nuevos inspectores auxiliares, de los cuales 100 realizan sus labores en Lima, y otros 100 realizan sus labores en el resto de regiones.

el cumplimiento de las obligaciones laborales, era necesario que se desarrolle adecuadamente el proceso de investigación.

Si bien la facultad del inspector de ingresar libremente y sin previa notificación, consagrado en el propio Convenio 81[13] y en nuestra normatividad nacional, es esencial para obtener información, especialmente relacionada a hechos, que sin esa medida sorpresiva no sería posible –como es por ejemplo advertir un despido de hecho o la existencia de trabajadores fuera de planilla– también es verdad que la verificación hecha en un determinado momento, sin mayor análisis ni investigación, podría ser errónea y hasta arbitraria.

En otras palabras, muchas veces la «fotografía» que obtenía el inspector con su visita, no lograba capturar la verdad de los hechos, situación que afectaba al trabajador o al empleador, según sea el caso. Recordemos que dentro de la historia de regulaciones que hemos tenido en nuestro país, hubo etapas en las cuales la visita inspectiva tenía carácter de única y en función a ella, se determinaba la aplicación inmediata o no de una multa, privilegiando de esta manera el carácter sancionatorio y no preventivo de la fiscalización. Se daban situaciones paradójicas en las que el empleador, ante dificultades económicas, prefería pagar la multa administrativa antes que pagar a sus trabajadores, perjudicando a estos últimos.

En ese sentido, sin dejar de reconocer lo importante que puede resultar para el proceso inspectivo la información y hechos que pueden constatarse en esa primera visita sorpresa, es correcto señalar que nada impide que pueda el fiscalizador, en aras de llegar a la «verdad real» (y no limitarse a la «verdad formal»), realizar más de una visita inspectiva u ordenar la comparecencia del fiscalizado para mejor resolver.

Lo contrario, es decir, sancionar sin investigar, la experiencia nos demuestra que en muchos casos origina que esfuerzos y presupuestos escasos del Estado se dirijan a la realización de un procedimiento inspectivo engorroso y dilatado, que en muchos casos concluyen que no estamos ante un incumplimiento o que sea imposible ubicar al infractor, lo cual pudo ser evitado si el inspector hubiera agotado todos los medios de investigación posible antes de llegar a la resolución que impone la sanción o que ésta se aplique de manera rápida[14].

---

[13] Artículo 12, numeral 1, inciso a) del Convenio 81 OIT.

[14] El estudio realizado por la OIT que motiva la reforma arrojó, entre otras deficiencias, que muchas veces el no contar el empleador con documentación necesaria al momento de realizarse la visita inspectiva, originaba la aplicación de la multa sin perjuicio que a través de los medios de impugnación, luego se adjuntara dicha documentación que dejaría sin efecto la infracción, todo lo cual pudo evitarse si durante la investigación se hubiera

El inspector surge como una especie de fiscal –con las diferencias del caso– que debe buscar, a través de todos los medios de investigación posible, llegar al convencimiento si estamos ante un hecho o hechos que ameriten proponer una denuncia (propuesta de sanción), que será evaluada por el juzgador (Autoridad Administrativa que resuelve), para determinar si se inicia o no un procedimiento sancionador. Este mecanismo le permite al administrado ejercer debidamente su derecho de defensa durante la etapa de investigación, y de ser el caso, durante la etapa de sanción.

Bajo este orden de ideas, como sucede también con un fiscal, dentro de las novedades que garantizan una adecuada investigación y la posibilidad de involucrarse en la misma, es que el inspector o inspectores que iniciaron el procedimiento es o son los mismos que concluirán la fiscalización[15].

No podemos dejar de mencionar que son respetables las críticas de quienes señalan que el otorgamiento de un plazo para realizar la «reinspección» (nueva visita inspectiva) o la convocatoria a comparecencia, podría generar una actitud pasiva de parte de los empleadores, quienes solamente cumplirán con sus obligaciones de estar ante una fiscalización, pues siempre tendrían, por regla general, un tiempo para subsanar sus incumplimientos o probar los cumplidos. En otras palabras, si la verificación de un incumplimiento origina la inmediata imposición de una multa, los empresarios estarían más presionados para encontrarse al día en sus responsabilidades patronales.

---

flexibilizado la presentación de las mismas pruebas. Igualmente el estudio presentaba que, teniendo en cuenta que muchas empleadoras están dentro del grupo de pequeñas y micro empresas, la excesiva duración del procedimiento que iba de uno a tres años, hacía que muchas veces por la gran movilidad de las mismas, no se ubicara al infractor durante el procedimiento o al momento de ejecutar la sanción.

15 Artículo 13 de Ley: «(...) Las actuaciones de investigación se llevarán a cabo hasta su conclusión por los mismos inspectores o equipos designados que las hubieren iniciado, sin que puedan encomendarse a otros actuantes, salvo supuestos justificados que se determinen reglamentariamente, lo que será notificado al sujeto inspeccionado y a los trabajadores afectados.(...)».
Tengamos presente que cuando nuestra normatividad regulaba la figura de la reinspección, el inspector o inspectores encargados de esta segunda diligencia tenían que ser distintos a los que participaron en la primera. Por consiguiente, este sistema se edificaba sobre la base que el inspector no se comprometía con todo el proceso de investigación porque tanto en la primera como segunda visita inspectiva, su función empezaba y terminaba en la realización de dicha diligencia, no asumiendo responsabilidad por todo el procedimiento. Asimismo, el hecho que el inspector solamente conocía que iba a realizar la visita minutos antes, impedía que pudiera conocer e investigar adecuadamente al administrado, presumiendo que la sorpresa en quién realizaría la inspección, impedía actos de colusión o corrupción, lo cual en nuestra opinión debilitaba la presunción de probidad y profesionalismo que debe recaer en el cuerpo inspectivo.

Sin perjuicio de la opinión expresada en el párrafo anterior que podría resultar razonable –aunque la experiencia nos demuestra lo contrario[16]– no podemos dejar de analizar la eficacia del procedimiento inspectivo sin perder de vista la realidad laboral peruana.

En un país donde el sub empleo y la informalidad van más allá del cincuenta por ciento de la población económicamente activa, y que más del ochenta por ciento de los empleos se generan en las pequeñas y micro empresas, resulta importante que siempre se privilegie el cumplimiento al trabajador, aunque esto conlleve que el Estado pueda aparecer con un sistema inspectivo menos drástico. Las carencias económicas que afrontan dichos empresarios, las dificultades para tener una organización preparada y ágil ante los requerimientos del fiscalizador, aunada a la informalidad y gran movilidad, nos obligan a utilizar la sanción como medida extrema ante la negativa de cumplir con las obligaciones sociolaborales.

4.2. Las medidas inspectivas

La actual Ley no solamente incentiva la función de investigación, dándole al inspector un plazo máximo razonable de treinta días hábiles para ejercer la misma[17], sino que le otorga a éste, de acuerdo a los resultados obtenidos en el proceso, y luego de finalizadas las diligencias inspectivas, definir qué medida o medidas inspectivas deben adoptarse por el sujeto fiscalizado. Todo esto dentro de la esfera de decisión del propio inspector.

La Ley, lejos de buscar la aplicación de una sanción como efecto inmediato de la fiscalización, premia la adecuada protección del trabajador y la cultura de cumplimiento por parte del empleador. En otras palabras, prima la protección del trabajador sobre el afán punitivo del Estado.

---

[16] La modificaciones que se introdujeron al Decreto Legislativo N° 910; que provocaban la aplicación inmediata de la multa ante la verificación del incumplimiento sin posibilidad de la reinspección, motivó que en la práctica - como medio de «flexibilizar» el sistema –los inspectores de trabajo usaron, y abusaron, de la facultad de «suspender» la diligencia inspectiva– que era recogida en la legislación como una medida excepcional - generando en la realidad una «segunda visita inspectiva» a manera de «reinspección». Resulta más transparente y equitativo que exista el derecho a una reinspección o comparecencia reconocida en la actual legislación que dejarlo a la voluntad del inspector.

[17] Artículo 13 de la Ley: «(...) Las actuaciones de investigación o comprobatorias deberán realizarse en el plazo que señale en cada caso concreto, sin que con carácter general puedan dilatarse más de treinta (30) días hábiles, salvo que la dilatación sea por causa al sujeto inspeccionado. Cuando sea necesario o las circunstancias así lo aconsejen, podrá autorizarse la prolongación de las actuaciones comprobatorias por el tiempo necesario hasta su finalización (...)»

Así tenemos que, sobre las medidas inspectivas, el proyecto de fortalecimiento de las administraciones de trabajo realizada por la Oficina Subregional para los Países Andinos de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT, precisó, conforme lo recoge el Convenio OIT 81, que en el procedimiento inspectivo tienen que existir todas las posibilidades que permitan garantizar de la mejor forma el cumplimiento de la legislación sociolaboral, desde la advertencia, la recomendación, el requerimiento, hasta la sanción si fuera necesaria, de tal manera que la norma sea un instrumento que facilite actuar con eficiencia en cada caso y de acuerdo a las circunstancias particulares.

Según la Ley, concluida la etapa de investigación el inspector de trabajo puede adoptar cualquiera de las siguientes medidas, como son: a) Aconsejar y Recomendar; b) Advertir; c) Requerir; d) Paralizar o prohibir; e) Comunicar; f) Levantar acta de infracción; y g) Otras que prevea la legislación.

Estas medidas inspectivas[18] pueden ser adoptadas en forma sucesiva o simultánea. Es sucesiva cuando una medida inspectiva puede ser variada en el procedimiento por otra, y es simultánea cuando una visita inspectiva puede generar, ante diversos hechos y materias inspeccionadas, la aplicación de más de un tipo de medida inspectiva.

Para ello, previamente, tiene la responsabilidad de evaluar los hechos y la documentación exhibida durante el procedimiento investigatorio, para determinar la medida inspectiva a adoptar, decisión que debe estar sustentada en un informe donde consten las actuaciones realizadas y sus resultados. El apresuramiento o indebida investigación y errónea valorización de los medios probatorios actuados, podrían provocar la aplicación de una medida inspectiva inadecuada, que finalmente puede originar una corrección o modificación por parte de la Autoridad de Trabajo.

Un aspecto importante que debe acompañar al informe, de ser el caso, son las copias de los documentos obtenidos. No obstante ello, hemos podido advertir en diligencias inspectivas que, a pesar que el empleador cumple con exhibir documentación que a su parecer demostrarían el cumplimiento de determinadas obligaciones sociolaborales, materia de la fiscalización, el inspector considerando que esa documentación no es pertinente, se niega a recibirla y adjuntarla al expediente, lo cual constituye un acto que atenta contra el derecho al debido proceso.

Independientemente que el inspector esté convencido de la impertinencia de dicha documentación o de la medida inspectiva que adoptará, no debe perder de vista que existirá en el procedimiento otro funcionario que tendrá su

[18] Estas medidas inspectivas están reguladas en el numeral 5 del Artículo 5 de la Ley.

oportunidad para evaluar dicha documentación, teniendo éste la facultad de modificar las medidas inspectivas o la realización de medidas complementarias antes de imponer una sanción definitiva.

Igualmente, el citado informe debe precisar los medios de investigación utilizados, los hechos constatados y las conclusiones, lo cual exige que el inspector haga una evaluación individualizada de las pruebas exhibidas y adjuntadas en el expediente, pues resultaría de poca ayuda al funcionario que posteriormente revisará el informe y resolverá, que el inspector se haya limitado a concluir que las pruebas presentadas son impertinentes sin señalar las razones fácticas o jurídicas para esta decisión. Como sucede con los procesos judiciales, cuando las pruebas actuadas no merecen una debida y sustentada calificación en forma individualizada, atenta contra el derecho de defensa del litigante (en nuestro caso del administrado), toda vez que al desconocer las razones por las cuáles habrían sido descartadas, no le permite tener los elementos suficientes para cuestionar la decisión del juzgador.

En resumen podemos afirmar que, una acertada y completa investigación que esté contenida en el informe, facilita la correcta decisión de la medida inspectiva que se adoptará y el propio desarrollo del procedimiento inspectivo.

De otro lado, existen cuestionamientos a la facultad de otorgar un plazo para subsanar el requerimiento, en lugar de la aplicación inmediata de la multa al verificarse la infracción, pues esto ayudaría que más centros de trabajos sean inspeccionados porque los procedimientos inspectivos serían breves.

Sobre el particular, es conveniente evaluar que el hecho de requerir al administrado que pueda subsanar sus incumplimientos en un tiempo razonable, no necesariamente provoca que se dilaten los procedimientos, y que por tanto se realicen menos inspecciones. Es así que la Ley, a diferencia de la norma anterior, permite que la actuaciones inspectivas de investigación puedan realizarse no solamente en el centro de trabajo, sino requerirse la comparecencia del administrado ante el inspector para aportar la documentación y/o efectuar las aclaraciones pertinentes o mediante comprobación de datos o antecedentes que obran en el Sector Público[19].

Este tipo de requerimientos que no conlleva el trasladarse al centro de trabajo (lo cual se producía cuando se regulaba necesariamente la visita de reinspección) permite una mayor actividad del inspector pues puede fiscalizar a más administrados, generar menor costo del servicio, coadyuvando a la celeridad y eficiencia del procedimiento inspectivo. Citar al inspeccionado en día y hora exacta, permite a éste preparar la documentación necesaria y acudir con el

[19] Artículo 11 de la Ley.

personal responsable o competente de la materia fiscalizada, lo que ayudará a realizar una mejor y rápida verificación.

En este orden de ideas, estando las actuaciones inspectivas de investigación a cargo del mismo inspector, y no de otro inspector como se regulaba en la norma derogada, esto colabora con la eficiencia de la fiscalización al tener el inspector mayor conocimiento, compromiso y responsabilidad en el procedimiento, manteniendo una unidad de criterio en la evaluación.

Un requerimiento claro y preciso, que permita al inspeccionado saber cómo debe o puede subsanar el incumplimiento, en un plazo adecuado, motivará que no se llegue a levantar un acta de infracción, archivando el expediente, y evitando que se genere un procedimiento innecesario.

4.3. Acta de Infracción

Luego de realizada la investigación, de comprobar el inspector que estamos ante una infracción, requerirá al responsable la adopción en un plazo perentorio de las medidas que garanticen el cumplimiento. Este requerimiento es sin perjuicio que esto origine un acta de infracción y posterior sanción.

Recordemos que el inspector levantará el acta de infracción solamente de estar ante un incumplimiento, previo requerimiento u obstrucción, con lo cual se iniciará el procedimiento sancionador. Los hechos constatados en el acta de infracción –así como en los informes y documentos en que se formalicen las medidas inspectivas que se adopten– tienen una presunción relativa de veracidad, sin perjuicio que sean desvirtuados con los medios de defensa que concede la Ley a los inspeccionados.

Por el contrario, no se emite acta de infracción, y por tanto se ordena el cierre del expediente, si de la actuación inspectiva no se originan medidas inspectivas. Esto constituye una novedad en nuestra legislación, porque en estos casos no requiere que se emita una resolución de cumplimiento, sino simplemente se archiva, lo cual ayuda a descargar los expedientes en trámite. En la práctica, no se emite ni un auto de conclusión o archivamiento del procedimiento, lo cual puede generar inseguridad en el administrado que no tiene plena certeza de ello, o en otros casos, le impide tener un medio de prueba como antecedente ante una próxima inspección que verse sobre los mismos hechos.

Ahora bien, el procedimiento sancionador, que podría finalmente originar la imposición de una multa, recién se inicia de oficio a mérito del acta de infracción por vulneración del ordenamiento jurídico sociolaboral o de seguridad e higiene ocupacional, así como las Actas de Infracción a la labor inspectiva[20].

---

[20] El artículo 43 y siguientes de la Ley, regula el procedimiento sancionador.

5. ANÁLISIS CRÍTICO DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN INVESTIGADORA

Después de tres años de la dación de la Ley, en cuanto al procedimiento de investigación que ejerce el inspector de trabajo, podemos advertir que, no obstante reconocer los importantes avances en la implementación del Sistema de Inspección del Trabajo, todavía hay factores que mejorar.

Como hemos podido desarrollar líneas arriba, el éxito del resultado de la fiscalización recae, principalmente, en que se haya logrado una adecuada etapa de investigación de los hechos (incluyendo el respeto al debido proceso) que motivará la sanción o no sanción del administrado.

En efecto, hoy en día dicha investigación requiere un desarrollo en dos aspectos del perfil profesional del inspector: a) Habilidad para investigar; y b) Conocimiento para investigar. Esto dos elementos van aparejados de la probidad, honestidad e imparcialidad que debe guardar siempre el desempeño de cualquier función pública.

Con respecto a la habilidad para investigar, y quizás sea uno de los aspectos que más falta desarrollar en nuestro cuerpo de inspectores, es la idoneidad que tiene el fiscalizador para determinar qué estrategia o pasos debe seguir para obtener la información que requiera en la visita, para lo cual necesita capacidad de liderazgo (ejercer adecuadamente su autoridad), facilidad de comunicación y tener claro sus objetivos en la investigación.

El cambio ha sido brusco. Hace poco tiempo, con las normas derogadas, la gran mayoría de los actuales inspectores no tenían mayor contacto con el administrado que el momento en que se realizara la diligencia inspectiva, y ese mismo día de la visita, generalmente, se enteraba del centro o centros de trabajo que acudiría a fiscalizar. Luego de ello, perdía todo contacto con el administrado y con el propio expediente, para que otro inspector tome la posta al momento de realizar la visita de reinspección. Hoy en día hay inmediación entre el inspector y el inspeccionado; el inspector es «dueño de su expediente» y el único responsable de la estrategia de investigación.

En cuanto al conocimiento para investigar, éste va más allá del saber de leyes sociolaborales o de seguridad e higiene ocupacional, sino que el inspector debe contar con la información y herramientas técnicas que le permitan conocer a la empresa, al trabajador y a la actividad que desarrollan, para acertar en su trabajo. La complejidad y especialización de las actividades económicas exige de parte del cuerpo de inspectores un grado de preparación que le permita conocer dicha actividad para poder comprender los hechos y la problemática particular de ella.

Hoy en día, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo cuenta con un importante instrumento que le permite al inspector conocer mejor a los administrados, logrando eficiencia y eficacia en su labor, como es la información que se proporciona a través de las denominadas «planillas electrónicas».

Esta información, que es entregada todos los meses por los empleadores en medios magnéticos, le permite al Sistema Inspectivo tener información actualizada y previa a una visita inspectiva, no solamente relativa al número de personas que prestan servicios[21], sino información relevante de la relación laboral, como son, por ejemplo, además de los datos de cada trabajador, el tipo de contratación y los conceptos que forman el ingreso de los trabajadores. Esto será de gran ayuda al Sistema Inspectivo para decidir qué empresas inspeccionar (de la evaluación y análisis de lo declarado en la planilla electrónica) o comprobar mediante la inspección si lo declarado se condice con la realidad. En otras palabras, se generaría una «inspección desde la computadora» que motivaría luego la «inspección en el campo».

En efecto, atendiendo al número de trabajadores, naturaleza de la actividad de la empresa, locales de funcionamiento, entre otros datos contenidos en el registro, la orden de visita puede estar orientada a la verificación de obligaciones sociolaborales cuyo cumplimiento revista de mayor importancia en dicho empleador o determinada actividad empresarial, y por tanto, permite ser más acertado en la medida inspectiva a adoptar.

Frente a ello, no encontramos razón, como se ha podido advertir en ciertas diligencias, que el inspector solicite al empleador información y menos que exija que sea entregada en físico, cuando la misma ya ha sido proporcionada al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo o en el peor de los casos, deberían limitarse a requerir una copia digital. Igual deficiencia se observa al pedir contratos de trabajo que han sido presentados en versión digital o cuando se ordena que los controles digitales de asistencia tienen que entregárseles en versión impresa.

No obstante que hemos reconocido los avances normativos que le proporcionan al inspector de trabajo los elementos idóneos para realizar una adecuada investigación, y que recae en éste el éxito del procedimiento inspectivo, a la luz de la experiencia, nos atrevemos a mencionar algunas deficiencias y recomendaciones con respecto a la forma cómo se vienen ejecutando dichas investigaciones. Así tenemos:

---

[21] En la planilla electrónica también aparece la información de las personas naturales que prestan servicios en forma independiente, que si bien ello no constituye una prueba que estamos ante una relación laboral, puede servir de material de análisis para evaluar la realización de una visita inspectiva que permita advertir si hay fraude o simulación en dicha contratación civil, lo cual se puede presumir por ejemplo, de estar ante el «uso exagerado» de esta modalidad de contratación.

1. Utilización de las Directivas Nacionales para evitar criterios contradictorios en el procedimiento de investigación

La creación e implementación de la Dirección Nacional de Inspecciones[22] que asume el rol de estudiar, coordinar, proponer, evaluar y supervisar la política nacional en materia de inspección del trabajo proponiendo la normatividad legal y técnica correspondiente, debe buscar evitar la diversidad de criterios, muchos de ellos contradictorios, que se están produciendo en las visitas inspectivas realizadas en las diversas Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo. Esto afecta la seguridad jurídica y la posibilidad de predecir los resultados del procedimiento inspectivo, necesario tanto para trabajadores como empleadores.

En ese sentido, las directivas que pueda emitir dicha Dirección o la regulación que se dé a través de los plenos administrativos en materia de inspecciones, nos permitirían lograr criterios uniformes en cuanto a la aplicación o no de una determinada norma, y su infracción, de ser el caso. Sin perjuicio de ello, consideramos que la referida Dirección no ha hecho uso de dicha facultad que le otorga la ley, toda vez que de la lectura de las directivas aprobadas se puede colegir que éstas han estado encaminadas más a precisar cómo deben hacerse las visitas inspectivas (lo cual es loable e importante) que a definir criterios para los tiempos y la aplicación de un norma al momento de realizarse la investigación[23].

En cuanto a los tiempos, si bien el inspector tiene un plazo máximo de treinta días hábiles para su investigación, no sabemos cuáles son las razones para que en ciertos casos, algunos inspectores otorguen términos muy breves para la presentación de copiosa documentación, que no guarda relación con el plazo amplio que tiene el inspector para hacer dicha fiscalización.

Por otro lado, sabiendo que el desarrollo de la inspección parte de la investigación que realiza el inspector, requiere por parte de dicha Autoridad Central la implementación de mecanismos de control y supervisión de los fiscalizadores, que nos permitan advertir conductas reñidas con la ética del servidor público, porque el exceso de libertad en el accionar, sin control disciplinario, puede derribar la credibilidad y garantía del sistema inspectivo.

---

[22] El artículo 4 del Convenio OIT 81 reconoce la importancia y necesidad de contar con una autoridad central, que en nuestra Ley es la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo.

[23] El proceso de regionalización y descentralización administrativa de los Ministerios, como sucede con el sector Trabajo, requiere más aún que se tenga criterios técnicos uniformes en la resolución de situaciones idénticas que han sido materia de investigación, lo cual en la práctica se advierte ante estos hechos, fallos contradictorios en diferentes competencias geográficas del sector.

2. Efecto vinculante del Acta de Infracción

Hemos destacado las facultades y facilidades que le otorga la Ley al inspector para que realice una adecuada investigación que pueda originar un acta de infracción. Sin embargo, se ha exagerado el efecto vinculante (no revisable) que tiene la misma para la Autoridad Administrativa que será finalmente quien evalúe el inicio del proceso sancionador.

Cabe señalar que, si el actual procedimiento de investigación otorga las garantías para que pueda ejercer el administrado en forma adecuada su derecho de defensa, y evitar el abuso de las nulidades que se dio en el pasado, como hemos comentado líneas arriba, esto no impide que el acta de infracción sea revisada en su legalidad por la Autoridad Administrativa antes de ejecutarla, situación que muchas veces –quizás por la carga de los trámites o por la desidia del funcionario público– no se realiza, lo que provoca que luego aparezcan nulidades en el procedimiento que pudieron evitarse o que se pida la ampliación de investigaciones que sustenten mejor la infracción, que perjudica el éxito y celeridad de la fiscalización.

3. Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad

Dentro de las atribuciones que tienen los inspectores de trabajo está la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad en su labor fiscalizadora. Frente a ello, resulta evidente que si la aplicación de la misma se limitara a una simple constatación de hechos que requiere inmediata comprobación o que evidencien un notorio incumplimiento por parte del inspeccionado, no sería cuestionada por los administrados, sino sería esencial para cumplir con dicha labor.

Los problemas han surgido al momento de revisar actas de infracción que muchas veces constituyen en la práctica un pronunciamiento del inspector que es tomada como válida por la Autoridad Administrativa que resuelve, y que contiene incertidumbres de gran relevancia jurídica o materia controvertida sin realizar mayor análisis ni investigación, siendo en muchos casos una actividad de tipo jurisdiccional, reservada para el Poder Judicial[24]. Vale mencionar que hay autores que consideran que no se violaría esta exclusividad si la administración de justicia en sede administrativa puede ser cuestionada posteriormente en sede judicial, como sucede en nuestro caso con la acción contencioso administrativa; eso sí, se recomienda que la justicia administrativa sea en última instancia revisada por un Tribunal independiente, hecho que no se da en nuestro procedimiento inspectivo.

---

[24] Artículo 139 de la Constitución Política del Estado precisa la exclusividad de la función jurisdiccional en el Poder Judicial.

En atención a lo expuesto, no siendo materia del presente trabajo analizar el debate sobre la procedencia o conveniencia de la administración de justicia en sede administrativa, en nuestra opinión, hay controversias jurídicas que requieren de una serie de elementos probatorios, y las garantías propias de un debido proceso judicial, que no pueden ser advertidas o calificadas en la etapa de investigación que realiza el inspector, como sucede en muchos casos cuando se tiene que determinar la existencia de una relación laboral. Esto se agrava si para ello se requiere de alguna técnica o pericia que le es ajena al inspector de trabajo, situaciones que además no pueden ser advertidas por la Autoridad resolutiva.

Algunos consideran que el papel del inspector en estos casos debería restringirse ha dejar evidencia de los hechos constatados, instrumento público que tendrá mérito probatorio en un proceso judicial. También hay preocupación cuando el hecho verificado o la controversia jurídica que surge de la misma, ya es materia de un proceso judicial (en los cuales en muchos casos es parte el propio Ministerio de Trabajo), y el Sistema Inspectivo, salvo mandato judicial de por medio, mantiene el desarrollo del procedimiento inspectivo.

4. Medidas inspectivas de formalización

En el caso de la implementación de medidas inspectivas de formalización, preferentemente destinadas a las pequeñas y micro empresas[25], constituye, en nuestra opinión, uno de los aspectos más destacables de la Ley. En momentos en los cuales el gobierno tiene como finalidad principal la incorporación de más trabajadores a la protección de la legislación laboral –que es el problema más grave de los trabajadores asalariados– se puede, a partir de esta facultad inspectiva, crear un programa de formalización acorde con nuestra realidad. Cuando estamos ante la formalización de trabajadores, no podemos caer en el facilismo que la Autoridad de Trabajo ante la verificación de dicha irregularidad, se limite a un simple requerimiento como se puede hacer con las medianas o grandes empresas.

La complejidad que encierra la informalidad laboral del país, exige un programa de implementación a través del sistema inspectivo, de la legislación laboral que se ha dictado para las pequeñas y micro empresas. Debe evaluarse la posibilidad, como se ha hecho en legislación comparada, de pactar un compromiso integral de cumplimiento gradual de formalización del empleador de acuerdo a sus posibilidades, con la debida asesoría permanente del Estado, sin perjuicio

[25] Reconocida en el artículo 18.6 del Reglamento.

de brindar programas de promoción y capacitación a dichas empresas[26]. Esto, teniendo el carácter orientador que le da la Ley, debe ser liderado por el Sistema Inspectivo del Trabajo, lo que hasta ahora no ocurre.

REFLEXIONES FINALES

El procedimiento inspectivo recogido en la Ley bajo análisis, privilegia la investigación y la libertad de acción del inspector de trabajo –incluyendo la facultad de adoptar diversas medidas inspectivas en forma simultánea o sucesiva– que constituye una búsqueda de dar prioridad a la protección del trabajador frente a la facultad sancionadora del Estado, fomentando una cultura empresarial que premie el cumplimiento, y que solamente como último recurso, castigue económica y socialmente al infractor.

En nuestra opinión, una normativa que regula a la inspección como un mecanismo de verificación del incumplimiento de obligaciones de trabajo y la imposición de multas sin dar las facilidades de defensa, corrección o subsanación, atenta contra el propio espíritu de Convenio OIT 81 que le otorga al inspector, más allá de una labor de policía del trabajo, funciones tales como la orientación y prevención de conflictos laborales.

El no dotar al inspector de trabajo, como si lo hace la actual legislación, de la facultad de asumir la responsabilidad integral de cómo se ejecutará la etapa de investigación, y frente a un hecho verificado, decidir qué medida inspectiva adoptar, limitándolo a la aplicación de un requerimiento de cumplimiento, sería eliminar la función educativa y orientadora del inspector. Esta función se materializa, por ejemplo, en la medida de aconsejar y recomendar, o hacerlo cómplice de daños irreparables, que se evitarían con una medida de paralización o prohibición inmediata de trabajos o tareas, o mantenerse indiferente ante el incumplimiento de obligaciones sociales competencia de otros órganos públicos, que se corrigen con la medida inspectiva de comunicación entre dichas entidades.

Hoy más que nunca el cambio, y el éxito del nuevo procedimiento inspectivo, recae en la profesionalización, conocimiento, probidad, honestidad, imparcialidad, objetividad y responsabilidad con que deben actuar los inspectores de

---

[26] Cualquier programa que fomente e incentive la formalización laboral, además de tener un enfoque que va más allá del cumplimiento de la legislación sociolaboral, debe empezar por la simplificación y gratuidad de la formalización sin necesidad de acudir a las dependencias públicas para estar inscrito en un solo acto como empleador y contribuyente ante la SUNAT, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y seguridad social. La experiencia exitosa de la regularización de los títulos de propiedad en los asentamientos humanos y demás poblados a través del acercamiento del Estado y simplificación registral, puede ser evaluada para el tema laboral.

trabajo. El cambio normativo –avalado en líneas generales por la propia OIT– está dado. Ahora nos encontramos a la espera del cambio de actitud y actitud de cambio del cuerpo inspectivo, muchos de los cuales todavía actúan más como «policías» que como «fiscales» de la legalidad.

Si la actual legislación pudiera lograr, con la adecuada participación del Sistema de Inspección del Trabajo y de los administrados, que impere una cultura de cumplimiento laboral que tenga en la Autoridad de Trabajo un aliado para la adecuada protección de los trabajadores, y una esperanza de formalización para quienes en la actualidad no tienen acceso a los derechos reconocidos por la legislación laboral, dejando la sanción como última medida, habríamos dado un importante avance para alcanzar el trabajo decente que promueve la OIT.

Esperemos que la participación de nuestro país en mercados internacionales a través de la suscripción de tratados de libre comercio que tienen un componente laboral[27], además de la labor de difusión constante que realiza el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, permitan generar una cultura de cumplimiento y respeto al trabajador.

[27] La suscripción de estos tratados son una excelente oportunidad para que el empresario, que requiera que sus productos puedan ingresar al mercado internacional, se vean en la necesidad de cumplir con sus obligaciones sociolaborales, para lo cual los Estados exigirán un sistema inspectivo eficiente. También debemos ser concientes que esta presión será menor en las pequeñas y micro empresas que quizás al inicio no sean beneficiarias de los tratados de libre comercio, pero que por acción de la propia economía y de las políticas de promoción desde el Estado, podrían acceder a estos nuevos mercados en forma gradual.

INSPECCIÓN DEL TRABAJO: EL CASO DE CHILE

Rafael Agustín Pereira Lagos*

INTRODUCCIÓN

El tema de la Inspección del Trabajo adquiere particular actualidad atendido los devastadores efectos de la crisis mundial, donde ha quedado en evidencia la absoluta incapacidad de los mercados de regular las relaciones laborales en un marco de equidad y respeto a derechos básicos de las personas.

Según consigna la «Declaración de Santiago»[1]: «la gravedad de la crisis económica y social que azota a todos los países y la necesidad de aunar esfuerzos para superarla, hacen especialmente necesario el robustecimiento de los instrumentos de vigilancia y control de la legislación laboral en los distintos países, la promoción del diálogo social, así como la necesidad de establecer mecanismos y procedimientos de coordinación y colaboración con los que afrontan los retos planteados».

Como lo señala la Directora del Trabajo de Chile, la abogada Patricia Silva: «la crisis no puede generar precarización laboral. La crisis no es excusa para incumplir la ley laboral. No se puede defender el empleo mermando los derechos de los trabajadores y trabajadoras. La seriedad de nuestras instituciones y nuestro respeto a la norma son activos que debemos cuidar y nosotros continuaremos trabajando en ello»[2].

---

* Abogado U. de Chile. Profesor de la Cátedra de Derecho del Trabajo Universidad ARCIS. Profesor de Diplomados de Derecho del Trabajo: U. de Chile, U. Católica, U. Alberto Hurtado, U. del Desarrollo, U. La República, U. Andrés Bello. Presidente Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1 Declaración efectuada en el marco del I Congreso Internacional de Inspección del Trabajo los días 22 y 23 de abril de 2009, organizado por la Dirección del Trabajo de Chile, suscrita por representantes de Argentina, Brasil, Chile, España, Portugal, Uruguay y el Director del Programa sobre Administración y Inspección del Trabajo de OIT.

2 Discurso inaugural en el citado Congreso Internacional.

Resuenan con plena vigencia las expresiones de principio del siglo XX, en que la OIT declaraba que el trabajo no es una mercancía, y el Tratado de Versalles establecía la necesidad de contar con servicios de inspecciones en los distintos Estados para velar precisamente por la justicia social, presupuesto de la paz en el mundo.

Es una importante señal, la decisión de la Organización Internacional del Trabajo, de crear el programa de administración e inspección del trabajo, separándolo de relaciones laborales, reconociendo las especificidades y relevancia de la función de la administración, particularmente el de la inspección.

1. EFICACIA DEL DERECHO DEL TRABAJO E INSPECCIÓN DEL TRABAJO

Como sabemos el principio protector o tutelar se inscribe en los orígenes del Derecho del Trabajo. Pero no sólo está en sus orígenes, sino que se mantiene y reafirma su rol central y definitorio. Incluso luego de las presiones flexibilizadoras, que pretendían tirar por tierra esta función protectora a la normativa laboral, resurge fortalecido en Europa en la modalidad de la flexiguridad, o en nuestro continente Americano con mayores regulaciones y normas de protección.

Este principio protector no se satisface sólo con normas, sino que requiere toda una institucionalidad para su implantación, en el marco además de los sistemas de relaciones laborales imperantes en cada país. En este sentido, se distingue la protección heterónoma, que es aquellas proveniente desde fuera de la relación laboral, y la protección autónoma, que deriva de la interacción de los actores sociales.

La protección heterónoma, que es manifestación de la acción del Estado, se expresa en la actividad legislativa, promulgando disposiciones legales, muchas veces contenidas en códigos del trabajo, que establecen las normas protectoras mínimas, irrenunciables para los trabajadores. Está sin duda la actividad judicial, que permite a las partes de la relación laboral contar con tribunales y procedimientos especiales, acorde con los principios del derecho del trabajo y las particulares características de la relación de subordinación. Finalmente está la actividad de la administración, cuya principal expresión es la labor de inspección.

Por otra parte, la protección autónoma está dada por las manifestaciones de la libertad sindical. La actividad de las organizaciones sindicales, representantes de los trabajadores, estén o no afiliados a la misma, que cuentan con un instrumento privilegiado cual es la negociación colectiva, para establecer con los empleadores, en igualdad de condiciones, la regulación de la relación

laboral, pudiendo disponer de un mecanismo de autotutela y de solución de conflictos, consistente en la huelga.

Ambas formas de protección operan como verdaderos vasos comunicantes, traspasando de uno a otro el énfasis protector. Así por ejemplo, en nuestros países latinoamericanos, donde existe en la mayoría de ellos una fuerte debilidad de las modalidades autónomas, hay un prevaleciente desarrollo de la tutela heterónoma. En cambio, cuando se logra desarrollar la libertad sindical, naturalmente se va traspasando la protección del Estado, a la protección que pueden darse los propios trabajadores por medio de su actividad sindical.

Lo anterior explica la gran relevancia que adquiere la labor de inspección en países donde experimentamos una fuerte debilidad sindical, en que la inspección no sólo se ocupa de las condiciones de higiene y seguridad, sino que en general sobre todas las condiciones de trabajo: jornadas, remuneraciones, descansos, protección a la maternidad, etc.

La presente ponencia pretende dar cuenta de las particularidades que reviste la inspección del trabajo en Chile, la que está inserta en una institución denominada Dirección del Trabajo, la cual tiene a su cargo una multiplicidad de funciones, siendo una de ellas las propiamente de inspección. Además reseñar los procesos que la están impactando, tanto desde el mundo de las relaciones laborales como el proceso de modernización del Estado, que le establece nuevas exigencias de gestión.

2. ORÍGENES DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO

De la mano con las primeras normas laborales, tanto en Europa como en América, se establecen los primeros sistemas de inspección. Los autores de dichas legislaciones estaban conscientes desde su origen que la sola ley no era suficiente para asegurar su cumplimiento. En efecto, una legislación que nace a contrapelo del sistema capitalista, no es proclive a un acatamiento voluntario, supone necesariamente la actuación del Estado, de manera proactiva, considerando además que no sólo está en juego el interés particular del trabajador, sino que existe un interés social de preservar la paz social.

Las primeras iniciativas legislativas que consideran un sistema de inspección, como nos recuerda GARMENDIA[3], se encuentran en Europa, particularmente en Inglaterra y Francia. Una ley inglesa de 1833 limitó a 9 horas diarias el trabajo de los menores de entre 9 y 13 años en la industria textil, considerando la creación de un sistema de vigilancia del cumplimiento de las normas industriales, con el objeto precisamente de asegurar el cumplimiento de tan básica

[3] GARMENDIA, Mario, *Eficacia Práctica de las Normas Laborales*, FCU, Montevideo, 2005.

disposición, que para esos tiempos resultaba contraria a las naturales condiciones de los sectores más desposeídos.

Por otra parte, una ley francesa de 1841 prohibió en las fábricas el trabajo de menores de 8 años y limitó a 8 horas la jornada de los niños de 8 a 12 años y a 12 horas la de los menores de 12 a 16 años. Impuso el descanso dominical y prohibió el trabajo nocturno para los menores de 13 años, creando también un sistema de vigilancia[4].

Como nos señala Maria Luz VEGA[5] «en Francia, el fracaso de la ley de protección de menores de 1841, puso de manifiesto que las normas sin medios de aplicación son inconsistentes. Por ello la ley del 19 de mayo de 1874 sobre el trabajo de niñas y niños menores en la industria, constituyó el primer intento de crear un cuerpo de funcionarios (15) encargados de dicha vigilancia, intento que se cristaliza en noviembre de 1892 con la creación de un cuerpo administrativo de inspectores que acceden por concurso, con contrato y que cuenta con estatuto propio. Sus obligaciones eran muy generales, aunque poco a poco se fueron desarrollando algunos departamentos específicos en su seno, para tratar problemas tales como los de empleo y mano de obra».

En América Latina, el proceso de creación e instalación de sistemas de inspección, resulta más tardío a comienzos del siglo XX. Si bien hay iniciativas legislativas en la primera década –y nos referiremos a algunas en el caso Chileno– como destaca GARMENDIA, citando al Profesor BARBAGELATA, la primera «verdadera» ley laboral, la encontramos en Uruguay, es la ley 5350, de 1915 sobre limitación de jornada, porque es la primera que considera un sistema de inspección con facultades de fiscalizar y aplicar sanciones de orden pecuniario. Por su parte, María Luz VEGA reseña cuales son las fechas de creación de algunos de los sistemas nacionales de inspección en América Latina: «1912 en Argentina, 1913 en Uruguay, 1919 Chile, 1920 Perú, 1921 en Brasil, 1923 Colombia, 1924, Bolivia, 1926 Ecuador y Guatemala, 1930 República Dominicana y 1931 México, 1933 Cuba, Venezuela 1936 ,Nicaragua 1945 y 1959 Honduras»[6].

El Caso chileno

La importancia de la labor de inspección en Chile para la real eficacia del derecho del trabajo, la destaca el profesor Hector HUMERES MAGNAN: «las leyes dictadas en esta época (previo al 8 de septiembre de 1924) son escasas, poco

---

4 Cfr. GARMENDIA, *op. cit.*

5 VEGA, María Luz, «Administración del Trabajo: Asegurar la Gobernanza a Través de la Aplicación de la Ley en América Latina. El Papel Central de la Inspección del Trabajo», en *Boletín Oficial Dirección del Trabajo N° 244/Mayo 2009*, Santiago, 2009, pp. 23-56.

6 VEGA, María Luz, *op. cit.*

aplicadas y menos fiscalizadas, ya que no existían servicios especiales de control»[7].

Como una iniciativa precursora, el año 1907 se crea la Oficina de Estadística del Trabajo, con el objeto de recopilar información y poder tomar iniciativas con el objeto de proteger a los trabajadores. Recordemos que la primera ley laboral reconocida como tal es del año 1906, sobre habitaciones para obreros (ley 1838 20 de febrero)[8]. Es interesante destacar que esta primera iniciativa de recopilación de información, se traduce en una función que se mantiene hasta el día de hoy radicada en el Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo.

No obstante, esta primera iniciativa no es posible que sea calificada como una función de inspección, ya que no tiene dicha oficina ninguna facultad para fiscalizar, ni sancionar a los infractores de las pocas leyes existentes a la época.

El año 1919 se establece la organización y funciones de la denominada Oficina del Trabajo, Dependiente del Ministerio de Industria y Obras Públicas, la que tiene a su cargo «materias relativas a la legislación social con el objeto de mejorar la condición moral, intelectual y material de los empleados y obreros, y su estructura estaba constituida por las secciones de reformas legales, estadística, inspección del trabajo, accidentes del trabajo, higiene y bolsas del trabajo».

El decreto 1938 disponía que en «la sección inspección del trabajo se comprenderá la inspección y vigilancia directa del trabajo con el fin de asegurar el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y administrativas vigentes y las que se dicten en lo sucesivo sobre la materia».

Como se puede observar, la creación de la Oficina del Trabajo es coetánea con la creación de la OIT, y responde a un proceso mundial de instalación de sistemas de inspección. Proceso también acompañado de importantes movimientos sociales y huelgas obreras. Así por ejemplo, la primera iniciativa de código del trabajo del año 1921 «se debió, entre otras causas, a los movimientos huelguísticos del norte; al movimiento popular del año 1920, que llevó al poder al señor Alessandri; a los acuerdos relativos al trabajo contenidos en el Tratado de Versalles y que dio nacimiento a la Organización Internacional del Trabajo y a los acuerdos tomados en la primera Conferencia General del Trabajo celebrada en Washington, el mismo año de 1919 y aún antes que la Organización estuviese formalmente creada»[9].

---

7 HUMERES MAGNAN, Héctor, *Apuntes de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Jurídica, Santiago, 1973.

8 Otras leyes de la época son: Descanso dominical de 1907, Derecho de Sillas de 1915, Accidentes del Trabajo de 1916, Salas Cunas de 1917.

9 HUMERES M., Héctor, *op. cit.*

Es en el año1924 que se establece la que efectivamente puede ser considerada la actividad de inspección. La ley 4053, sobre contrato de trabajo para obreros, en su Título VIII, regula la creación de la Dirección General del Trabajo. Dispone que la Oficina del Trabajo pasa a denominarse Dirección General del Trabajo y dependerá del Ministerio del Interior.

Dentro de la labor inspectiva considera: «organizar y dirigir la inspección y vigilancia directa del trabajo; que sus inspectores tendrán derecho a visitar los establecimientos a que se refiere el citado cuerpo legal; y, que quienes impidan o dificulten la labor de los inspectores se harán acreedores de multas».

El año 1927, mediante Decreto con Fuerza de Ley 7912, se crea el Ministerio de Bienestar Social. Este cuerpo normativo transforma la Dirección General del Trabajo en Inspección General del Trabajo, pasando a su dependencia, dejando de depender del Ministerio del Interior. Dispone que a la Inspección General del Trabajo le corresponderá «la fiscalización en el cumplimiento de las leyes pertinentes y lo concerniente a los tribunales encargados de su aplicación». Es interesante consignar que en esta etapa los Tribunales del Trabajo tenían un carácter administrativo, dependiendo de la autoridad administrativa del trabajo.

El año 1930, el Decreto 1331, fija una nueva estructura de la Inspección General del Trabajo, determinando los siguientes departamentos:

- Inspección general.
- Departamento de Bienestar social
- Departamento Jurídico, encargado entre otras funciones, de la supervigilancia de los tribunales del trabajo.
- Departamento de Asociaciones, encargado de la fiscalización y fomento de las organizaciones sindicales, el fomento de los contratos colectivos y la intervención directa en los conflictos entre patrones y obreros, para evitar huelgas, desocupaciones, etc.

Cabe destacar que esta estructura, se mantendrá, en lo esencial hasta el día de hoy.

El año 1931 se dicta en Chile el primer Código del Trabajo, el cual en su Título III, Libro IV crea las inspecciones provinciales del trabajo, y se refuerza la integración institucional al dejarlas dependiendo técnica y administrativamente de la Inspección General del Trabajo. En 1940 la ley 6528 restablece la denominación «Dirección General del Trabajo», y reemplaza la denominación de Departamento de Asociaciones por Organizaciones Sindicales. El Decreto con Fuerza de Ley 76 de 1953, excluye de la DGT los tribunales del trabajo.

El año 1959, mediante Decreto con Fuerza de Ley 25, de 14 de octubre, se crea el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, con dos Subsecretarías, la de Trabajo y la de Previsión. Quedando la Dirección del Trabajo como servicio dependiente de la Subsecretaría del Trabajo. El Decreto con fuerza de Ley 308, de 5 de abril de 1960, reguló la organización de la Dirección del Trabajo, dividiéndola en seis Departamentos: jurídico; de inspección; de conflictos colectivos, sueldos y salarios; de organizaciones sociales; del empleo y de la mano de obra; y administrativo[10].

Finalmente el año 1967, el Decreto con Fuerza de Ley N° 2, establece la actual ley orgánica de la Dirección del Trabajo. No obstante, múltiples reformas legislativas, particularmente desde los años noventa, van asignando una serie de facultades en diversas materias.

3. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN CHILE

3.1. Una primera característica importante de destacar es que la función de inspección está integrada dentro de las facultades asignadas a la Dirección del Trabajo[11]. Esta institución, parte de la administración del trabajo, cumple una serie de tareas, no siendo todas ellas propiamente de inspección, contando con un amplio espectro de facultades[12].

Por lo tanto, no existe propiamente un servicio de inspección constituido como tal, sino que éste forma parte de un servicio público que cumple otras tareas de la administración del trabajo. El artículo 1° del Decreto con Fuerza de Ley de 1967, Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, dispone las funciones que corresponden a la Dirección del Trabajo:

a) la fiscalización de la aplicación de la legislación laboral;
b) fijar de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo;

---

[10] GAETE BERRIOS, Alfredo, *Tratado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Jurídica de Chile, Santiago, 1967.

[11] Todo sobre la Dirección del Trabajo se puede consultar en www.direccionderltrabajo.cl o en www.dt.gob.cl.

[12] Sobre este fenómeno advierte María Luz VEGA, *op. cit.*, «sin perjuicio de contar con amplias atribuciones, uno de los problemas recurrentes de la inspección del trabajo en la región, constatado por la Comisión de Expertos es la implicación directa de los inspectores en excesivas funciones adicionales y en particular, en la actualidad, en las de conciliación, lo que implica la necesidad de paralelamente a mejorar la inspección, se deberán crear y articular servicios especiales de conciliación que atiendan el grueso de las labores y liberen a los inspectores de dichas tareas como función principal».

c) la divulgación de los principios técnicos y sociales de la legislación laboral;

d) la supervigilancia del funcionamiento de los organismos sindicales y de conciliación, de acuerdo con las normas que los rigen, y

e) la realización de toda acción tendiente a prevenir y resolver los conflictos del trabajo.

Como es posible observar, son propiamente funciones de inspección, las consignadas en las letras a y c. Sin embargo, la práctica nacional, y la tradición de décadas, ha considerado tareas de la inspección del trabajo en Chile, el conjunto de funciones reseñadas, siendo cumplidas prácticamente la totalidad de ellas por las distintas oficinas distribuidas en el país (aproximadamente 84) y que son denominadas precisamente Inspecciones del Trabajo.

Esta característica se manifiesta en la propia estructura de la Dirección del Trabajo, la cual en su cúspide cuenta con un Director del Trabajo (en la actualidad Directora) y un Subdirector. En el nivel central además existen una serie de Departamentos, los cuales pueden clasificarse como operativos y de gestión. Entre los primeros se encuentran: Jurídico, Inspección, Relaciones Laborales y Estudios. Entre los segundos: Administración y Finanzas, Gestión y Desarrollo, Tecnologías de la Información y Recursos Humanos.

Además la Dirección del Trabajo se conforma en cada región del país, 15 en total, con direcciones regionales, a cargo de un Director o Directora Regional, donde se replica en lo pertinente la estructura de nivel nacional. De cada Dirección Regional dependen las Inspecciones del Trabajo, que son las oficinas de atención directa al público, cubriendo cada una de ellas una o más comunas, dependiendo de la densidad de la población y las realidades particular de cada zona geográfica.

La amplitud de funciones o finalidades de la Dirección del Trabajo, se refleja también en su definición de misión institucional: «La Dirección del Trabajo tiene por misión contribuir a modernizar y hacer más equitativas las relaciones laborales, velando por el cumplimiento normativo, promoviendo la capacidad de autorregulación de las partes, sobre la base de la autonomía colectiva y el desarrollo de relaciones de equilibrio entre los actores del mundo del trabajo, empleadores y trabajadores».

Esta «misión», definida internamente, a mediados de los años `90, refleja la función de de velar por el cumplimiento normativo, tarea propiamente de inspección, pero además una importante preocupación por el desarrollo de la autonomía colectiva y de la actuación de los actores sociales del sistema de relaciones laborales.

3.2. De lo dicho precedentemente, se deriva una segunda característica, la Dirección del Trabajo, y por cierto su función de inspección, se despliega en todo el territorio nacional, incluyendo zonas apartadas y de difícil acceso.

Lo anterior ha sido posible por el gran impulso que se dio a la actividad desplegada por la Dirección del Trabajo, a partir del retorno de la democracia en 1990. No cabe la menor duda que con la instalación del modelo neoliberal en el conjunto de actividades del Estado y en particular en la regulación de las relaciones laborales, las políticas del gobierno de la Dictadura Militar apuntaron a debilitar los mecanismos de fiscalización y control del cumplimiento de las normas laborales. Es así como a fines de los años '80 la Dirección del Trabajo contaba con aproximadamente 700 funcionarios. En la actualidad este organismo tiene una dotación cercana a 2000 funcionarios.

Pero junto con el incremento de funcionarios, se han realizado importantes inversiones en instalar nuevas oficinas y mejorar o ampliar las existentes, disponer de una suficiente flota de vehículos, disposición de equipos computacionales de manera que en la actualidad todos los funcionarios disponen de computador. Pero no sólo inversión en hardware, sino que también en tecnologías de la información, de tal forma que en la actualidad todos los procesos se realizan con soporte informático, siendo impensable poder cumplir las funciones y estar comunicado con el quehacer institucional si no se accede a la web y al correo electrónico.

3.3. Existe un importante desarrollo de las tecnologías de la información, las cuales permiten, como se señaló, tramitar informáticamente los distintos procesos de trabajo, tanto de las líneas operativas como de gestión interna. Pero también permite que los usuarios accedan a determinados servicios (o productos) por medio del sitio web, favoreciendo los tiempos y el uso eficiente de los recursos normalmente escasos.

Así por ejemplo es posible conocer los procedimientos, los criterios jurídicos (dictámenes) y una serie de preguntas preformateadas para orientar a trabajadores, empleadores y a sus organizaciones en el desarrollo de sus relaciones laborales. Pero además realizar simulaciones sobre determinados trámites como el finiquito en caso de término de contrato, o cumplir con obligaciones como remitir copia de la carta de aviso de despido vía electrónica o solicitar certificado de antecedentes laborales.

3.4. Las funciones de inspección si bien como hemos señalado se encuentran radicadas en la Dirección del Trabajo, existe un ámbito referido a higiene y seguridad cuya fiscalización está repartida en distintas instituciones, lo cual sin duda debilita el control de estas materias.

Como lo ha señalado recientemente la actual Directora del Trabajo, Sra. Patricia Silva: «es evidente que tenemos mucho por avanzar en la coordinación de nuestra acción en salud y seguridad en el trabajo. En Chile somos cinco los organismos públicos con atribuciones en la materia: Dirección del Trabajo, Superintendencia de Seguridad Social, Ministerio de Salud, Servicio de Geología y Minas y Armada de Chile, a los que debemos sumar al sistema de mutuales. Hemos realizado avances en nuestra coordinación en áreas específicas, pero la realidad de la accidentabilidad y mortalidad laboral nos exigen un salto cualitativo en la materia»[13].

Como se señala en el ya citado trabajo de María Luz VEGA, «existen países en que los inspectores del trabajo sólo tienen atribuidas las condiciones de trabajo y las relaciones laborales (con muy pocos aspectos del control de la seguridad e higiene), confiriéndose las facultades de inspección de salud e higiene medioambiental a otros servicios e inspectores (Chile)».

A partir de mediados de los años '90, se desarrolló desde la Dirección del Trabajo una serie de iniciativas para precisar y ampliar sus facultades en el ámbito de higiene y seguridad, promoviendo algún nivel de especialización en estas materias, creándose por ejemplo la unidad dependiente del Departamento de Inspección denominada Unidad de Condiciones y Medioambiente de Trabajo. También se precisaron en la ley sus facultades en estas materias, pero las mismas disposiciones dejan en evidencia la concurrencia de competencia de distintos organismos.

El artículo 184 del Código del Trabajo, en su inciso 3°, dispone que «corresponderá también a la Dirección del Trabajo fiscalizar el cumplimiento de normas de higiene y seguridad en el trabajo, en los términos señalados en el artículo 191, *sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios* del Estado en virtud de las leyes que los rigen».

Por su parte el citado artículo 191 le entrega a la Dirección del Trabajo las «medidas *básicas* legalmente exigibles relativas al adecuado funcionamiento de instalaciones, máquinas, equipos e instrumentos de trabajo». Agregando que cuando interviene alguno de los servicios competentes los demás «deberán abstenerse de intervenir respecto de las materias que están siendo fiscalizadas». No obstante, si la inspección aplica una multa referida a normas de higiene y seguridad, cuando el afectado reclame administrativamente la multa, el Director del Trabajo no podrá resolver sin haber solicitado un informe «a la autoridad especializada en la materia y resolverá en lo técnico en conformidad a dicho informe».

---

[13] SILVA, Patricia, «Discurso inaugural I Congreso Internacional: «Dirección del Trabajo Para el Siglo XXI»», en *Boletín Oficial Dirección del Trabajo N° 244/Mayo 2009*, Santiago, 2009, pp. 23-56.

En consecuencia, junto con estar distribuida la competencia en varias instituciones, a la Dirección del Trabajo sólo se le faculta para inspeccionar las condiciones básicas, y se reconoce que existen otras autoridades especializadas a las cuales debe someter su decisión final la Inspección[14].

3.5. Algunas de estas características puede explicar que el estado de Chile sea uno de los pocos que no haya ratificado el Convenio 81 de la OIT de 1947. En efecto este Convenio, en su artículo 3°, numeral 2, dispone: «ninguna otra función que se encomiende a los inspectores del trabajo deberá entorpecer el cumplimiento efectivo de sus funciones principales o perjudicar, en manera alguna, la autoridad e imparcialidad que los inspectores necesitan en sus relaciones con los empleadores y los trabajadores».

El profesor David Weil[15], citando información proporcionada por la OIT, consigna que en el período 2003-2006, Chile contaba con 320 inspectores, no obstante que a esa época la dotación de la Dirección del Trabajo ascendía aproximadamente, en promedio, a unos 1600 funcionarios. Sin perjuicio que esa información requiera precisión, sin duda da cuenta de lo que se ha afirmado, en el sentido que la labor de inspección es una de las cuales tiene encomendada, entre otras, la Dirección del Trabajo. Debemos en todo caso reiterar que existen otras instituciones públicas, ya señaladas, que cumplen tareas de inspección, cuyos funcionarios dedicados a dichas labores debieran haber sido considerados en las cifras de la OIT.

4. ROL DEL ESTADO E INSPECCIÓN DEL TRABAJO

El Estado es responsable de hacer efectiva la función protectora del Derecho del Trabajo, en lo que se denomina la protección heterónoma, por medio de sus tres poderes. Sin duda la legislación establece los mínimos laborales, derechos irrenunciables y a los que debe someterse toda relación laboral. Como bien sabemos «la legislación laboral es una hija no deseada de la industrialización, aceptada a regañadientes y como un mal necesario por la ideología liberal prevaleciente en la época»[16], en consecuencia su cumplimiento no resulta espontáneo para los

---

[14] Por ejemplo al Servicio Nacional de Geología y Minas se le reconoce la facultad de «velar porque se cumplan los reglamentos de policía y seguridad minera y aplicar las sanciones respectivas a sus infractores, proponer la dictación de normas que tiendan a mejorar las condiciones de seguridad en las actividades mineras de acuerdo con los avances técnicos y científicos, y requerir información sobre los programas y cursos de capacitación e informar a los trabajadores que se desempeñan en la industria extractiva». Artículo 2 N° 8, Decreto Ley 3.525, 1980. También a la autoridad de salud se le reconoce facultades normativas e inspectivas en los lugares de trabajo. En el trabajo marítimo portuario y en el tráfico aéreo se dan facultades a las respectivas autoridades.

[15] Weil, David, «Un Planteamiento Estratégico de la Inspección del Trabajo», en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 127, N° 4, OIT, Ginebra, 2008, pp. 389-419.

[16] Garmendia, Mario, *op. cit.*

empleadores, pero además debemos agregar, también el trabajador por su estado de necesidad está disponible para someterse en muchas ocasiones a trabajos precarios, inseguros e indecentes con el objeto de procurarse algún tipo de ingreso para satisfacer necesidades básicas de su familia.

Por ello entonces, es necesaria la intervención proactiva del Estado, por intermedio de la función de inspección, la cual permite garantizar que organismos públicos, con funcionarios calificados para dichos fines, se ocupen de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales concurriendo a los lugares de trabajo.

Finalmente, se completa la protección heterónoma con la existencia de una judicatura especializada, la cual se constituye con tribunales especiales y con procedimientos que traducen a la ley adjetiva el principio protector, reconociendo el desequilibrio existente en la relación laboral para reequilibrar también procesalmente a las partes.

En el caso de Chile hemos tenido un progresivo incremento de la actividad legislativa en el ámbito del derecho individual de trabajo, tanto en lo relativo normas de aplicación general, como también la regulación de sectores específicos. Entre las primeras pueden destacarse la regulación de la subcontratación y empresas de servicios transitorios, normas en el ámbito de la protección a la maternidad, regulación del sueldo base y la denominada «semana corrida» (pago del séptimo día), terminación de contrato de trabajo, etc. Entre las segundas se han establecido normas para tripulantes de líneas aéreas, trabajadores del arte y televisión, futbolistas, entre otras.

Este fenómeno da cuenta de la práctica ausencia de mecanismos de negociación colectiva que permitan la autotutela y el desarrollo de acuerdos colectivos que den respuesta a las particularidades de los distintos sectores productivos. En este sentido, se ha profundizado la protección heterónoma en desmedro de la autónoma.

Reiteradamente los distintos programas de gobierno de los candidatos a la Presidencia de la República, nominados por la Concertación de Partidos por la Democracia, del conglomerado gobernante, han propuesto el fortalecimiento del mecanismo de la negociación colectiva. Sin embargo las resistencias de la oposición política, proclive a los intereses del sector empresarial, y también sectores neoliberales del gobierno, han abortado cualquier iniciativa relevante de modificar la matriz del «plan laboral» heredada del gobierno militar. Sólo cabe tomar nota que Chile permite contratar reemplazantes durante la huelga, no reconoce la titularidad exclusiva de los sindicatos para negociar colectivamente y en la práctica está vedada la negociación colectiva que supere el nivel de la empresa. Además se encuentran excluidos del derecho a negociar colecti-

vamente importantes grupos de trabajadores, como por ejemplo los de la agricultura, sector prioritario en la inserción comercial de Chile en el mundo.

La propia OCDE, en un reciente informe sobre el mercado laboral chileno, observa el bajo desarrollo de los niveles de sindicalización y de negociación colectiva, lo cual incide en grados importantes de desconfianza, unido a altos grados de fragmentación del mercado laboral, lo que impide desarrollar políticas de flexiguridad y dificulta el cumplimiento normativo[17].

Uno de los problemas del incremento de la protección heterónoma, tiene que ver con la capacidad del Estado, no sólo para dictar leyes, lo que puede ser relativamente sencillo, sino para hacerse cargo de su efectivo cumplimiento. Como sabemos, estas funciones las cumple por medio de la inspección y la labor de tribunales.

Recién el año 2008 comenzó a operar la reforma procesal laboral, la que por un diseño estratégico lo ha hecho en forma progresiva según distribución geográfica, debiendo quedar cubierta la totalidad del país definitivamente el 30 de octubre del presente año 2009. No cabe la menor duda, y es la opinión prevaleciente de los especialistas, que esta será una de las reformas más importantes de las últimas décadas, tanto por los nuevos procedimientos que se regulan (tutela de derechos fundamentales y monitorio), sino también y probablemente lo más relevante, el incremento sustantivo de jueces del trabajo, pasando de 20 jueces a 84, más 9 jueces de cobranza laboral y previsional, es decir más que se cuadruplica el número de jueces.

Pero hasta antes de la puesta en marcha de esta reforma procesal, toda la carga de velar por el cumplimiento de las normas laborales recaía en la Dirección del Trabajo, frente a la ausencia práctica de una real judicatura del trabajo y la muy débil situación del actor sindical.

Es lo que hemos denominado el vacío institucional imperante en el sistema de relaciones laborales de Chile, que explica la permanente sumatoria de nuevas funciones a la Dirección del Trabajo, las enormes expectativas de los trabajadores frente a la labor de las inspecciones del trabajo, constituyéndose en el único referente donde acudir para lograr el cumplimiento de sus derechos básicos. Esto mismo explica la enorme relevancia que se asigna –inusual en sistemas comparados– a la llamada jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, la cual está contenida en dictámenes del Director o Directora del Trabajo, la que si bien pretende instruir el quehacer de los funcionarios de su dependencia, son una fuente indiscutida del derecho laboral en nuestro país,

---

[17] Cfr. OCDE 2009, *Reviews of Labour Market and Social Policies: Chile.*

ante la falta de jurisprudencia judicial, la falta de ejercicio de la facultad reglamentaria del Presidente de la República, unido lo anterior al incremento de la diversificación en la organización de los procesos productivos y las múltiples formas de organización de la empresas, que requieren cada vez mayor especificidad en la regulación de cada sector.

Tenemos entonces, una Dirección del Trabajo que ha transitado desde un modelo neoliberal extremo, a partir de fines de los años '70, hasta el retorno de la democracia el año 1990. Luego el esfuerzo por instaurar en Chile un modelo de autonomía colectiva, con las primeras iniciativas de concertación social a principios de los '90, pero que prontamente se vieron frustradas por la mantención de la matriz de la legislación laboral heredada de la dictadura y la casi nula cultura de negociación. Finalmente, la debilidad de las organizaciones sindicales y la ausencia de una efectiva negociación colectiva, lleva a que se comience a instalar más bien un modelo de intervención estatal –siempre tensionado por los intentos de mantener un modelo de mercado– que radica en la Dirección del Trabajo la función de hacer cumplir la ley, no dándole siempre todas la atribuciones ni recursos necesarios para cumplir a cabalidad su tarea, explicado en parte por esta tensión no resuelta sobre el rol del Estado, particularmente en el ámbito laboral.

5. FACULTADES Y TENSIONES

Como se ha señalado, la labor de inspección laboral en Chile se ha encontrado inserta en un contexto de permanente tensión e indefinición del rol del Estado en materia laboral, lo que se refleja en la disyuntiva de qué tanto intervenir y qué tanto dejar al mercado, y también en una permanente exigencia a la Dirección del Trabajo de actores sociales y políticos de fiscalizar y derechamente intervenir en las relaciones laborales.

Por una parte se le reconocen facultades: fiscalizar por cierto los lugares de trabajo, aplicar multas directamente por los propios fiscalizadores, realizar funciones de conciliación individual al término de la relación laboral, también la de mediación en conflictos colectivos y particularmente en las negociaciones colectivas regladas, denunciar ante tribunales las prácticas antisindicales y en la última reforma procesal denunciar vulneraciones a los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores.

Sin embargo, por otra parte, y particularmente por el criterio de la Corte Suprema, se le han cercenado facultades, para sancionar cuando una cláusula contractual es contraria a normas irrenunciables, en el caso de informalidad laboral de le desconoce la facultad para determinar la existencia de relación laboral, en el trabajo en régimen de subcontratación se le impide calificar si hay infracción por el uso fraudulento de la subcontratación, tampoco se le reconoce

facultad para sancionar el ocultamiento del verdadero empleador. Además del criterio de muchas Cortes de Apelaciones y de la misma Corte Suprema que frente a cualquier controversia invocada por el empleador el funcionario inspector debe abstenerse de intervenir ya que la infracción ha dejado de ser objetiva y por ende debe ser sometida a un órgano jurisdiccional por existir controversia de partes.

Los empleadores han sido prolíficos en utilizar el llamado «recurso de protección», que es una acción de protección o amparo constitucional, en contra de las resoluciones de la Dirección del Trabajo imputando afectación de derechos constitucionales como el de propiedad y libertad de empresa, y acusando la actuación inconstitucional o ilegal de la autoridad administrativa por constituirse en «comisión especial» al involucrarse en materias que son a su juicio competencia exclusiva de los tribunales. El efecto obtenido es neutralizar en muchos aspectos la actuación de la administración del trabajo[18].

Sin duda el caso más emblemático, es lo que aconteció con la aplicación de la ley de subcontratación, el año 2007, en virtud de la cual y su entrada en vigencia, la Dirección del Trabajo debió fiscalizar su aplicación concentrándose en un sector con gran presencia de trabajo subcontratado, como es el sector minero, donde la minera más importante del país CODELCO, empresa del Estado, fue objeto de fiscalización constatándose por la autoridad administrativa infracciones a la relación de subcontratación.

La gran paradoja, es que fue precisamente esta empresa del Estado la que cuestionó en las Cortes las facultades del órgano administrativo, imputándole atribuirse competencia de los tribunales y afectación de las garantías constitucionales de la empresa. El resultado fue que dichos recursos o acciones de amparo fueron acogidos en definitiva por la Corte Suprema, neutralizando la función fiscalizadora y haciendo en la práctica inoperante uno de los aspectos centrales de la ley de subcontratación, cual era evitar el ocultamiento del verdadero empleador por la vía del uso fraudulento de las normas legales.

---

[18] Según estadísticas del poder judicial, de enero-agosto 2008, la Corte Suprema habían conocido 806 recursos de protección. De ese total 428 fueron en contra de organismos públicos y en contra de la Dirección del Trabajo 143, estando ubicada por lejos en el primer lugar de los servicios públicos recurridos, y también en relación a los particulares entre los que se destacan como recurridos las ISAPRES instituciones de salud previsional privadas, con un total de 99 recursos. De los 143 recursos interpuestos en contra de la Dirección del Trabajo, 90 fueron acogidos y 53 rechazados. De acuerdo a la misma fuente del total de recursos conocidos por la Corte Suprema en el período, sólo se acoge el 30%. Sin embargo, en el caso de los recursos en contra de la Dirección del Trabajo se acoge el 63%.

Otro aspecto que tensiona enormemente el actuar de la labor de inspección es la gran debilidad del actor sindical, el cual recurre a la autoridad no sólo para fiscalizar la legislación laboral, sino también para resolver sus propios conflictos internos y proveer servicios de capacitación. Otra paradoja, ya que muchas veces la autonomía sindical aparece debilitada por las propias exigencias de las organizaciones sindicales a la autoridad administrativa de intervenir en su vida interna.

En paralelo a estos fenómenos tenemos dos procesos: las cada vez más complejas y diversas formas de organización de las empresas y de los procesos productivos, con «brutales» niveles de competitividad en sectores como el comercio al detalle, supermercados, sector bancario y financiero, y en general la venta de intangibles. Las empresas de exportación agrícola, la salmonicultura y la forestal, son ejemplos de estos fenómenos. Todo esto requiere disponer de información actualizada, incrementar los grados de especialización y tener que concurrir muchas veces a lugares apartados de los centros urbanos de muy difícil acceso.

Por otra parte, también se experimenta la cada vez más compleja legislación laboral, la que busca regular los nuevos fenómenos del mundo de las relaciones laborales, particularmente la tercerización de los procesos productivos y de servicios, sea en su expresión de subcontratación o suministro temporal de trabajadores. También en la regulación por ley de sectores específicos: artistas, futbolistas, tripulantes aéreos, choferes transporte terrestre de carga, entre otros. Pero además, se ha incorporado la investigación e vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa, tanto prácticas antisindicales, como derechos fundamentales inespecíficos: no discriminación, honra, intimidad, inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, libertad de expresión, libertad de conciencia, etc.

Sólo agrego como ejemplo, una última ley (20.348 19.06.2009) referida a igualdad de trato en materia de remuneraciones, en la que se establece: «Los empleadores que no presenten diferencias arbitrarias de remuneraciones entre trabajadores que desempeñen cargos y responsabilidades similares, podrán solicitar la rebaja del 10% de las multas adicionalmente a lo que se resuelva por aplicación de los incisos precedentes, en tanto las multas cursadas no se funden en prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales».

Por último, importa destacar que en el marco de procesos de modernización del Estado, hay dos aspectos relevantes: el perfeccionamiento del debido proceso administrativo y las exigencias de gestión moderna.

a. El debido proceso administrativo

La profundización de un Estado democrático impone a los funcionarios públicos incorporar principios como el debido proceso, la legalidad de los actos,

la transparencia administrativa, que son expresión de los derechos del ciudadano que ha dejado de ser súbdito del Estado. En el ámbito particular de la Dirección del Trabajo, requiere superar una actitud paternalista frente al trabajador. El funcionario público, en definitiva debe dar cuenta de sus actos los que deben estar suficientemente fundados. En ese sentido la denominada «ley de transparencia» en Chile, ha significado que toda la información de los órganos del Estado es pública, salvo pocas excepciones, y debe ser accesible por medio de los sitios web[19] (lo que se denomina la transparencia activa), o entregarse a cualquier ciudadano cuando lo solicita (transparencia pasiva), existiendo mecanismos para resguardar los intereses de terceros, con importantes sanciones para las jefaturas de servicios o ministerios que no cumplan con la respectiva legislación.

Los funcionarios enfrentan entonces una importante carga, pero es la necesaria contrapartida de los derechos ciudadanos. Lo interesante, a mi juicio, es que obliga necesariamente a mejorar la calidad de las actuaciones de inspección –y en general de cualquier orden- ya que están sujetas al escrutinio público, deben ser suficientemente fundadas y razonadas. En consecuencia, lo que inicialmente puede considerarse como un debilitamiento de facultades, en definitiva terminará fortaleciendo el quehacer de inspección.

b. Las exigencias de gestión moderna

La modernización del Estado también ha significado incorporar técnicas de gestión de las empresas privadas. Planificación estratégica, definición de misión, visión, objetivos estratégicos, metas, productos, son conceptos ya instalados en los procesos presupuestarios y de rendición de cuenta de la Dirección del Trabajo. Además progresivamente parte de la remuneración de los funcionarios está vinculada o depende del logro de objetivos estratégicos, o programas de mejoramiento de la gestión (PMG).

Se han incorporado indicadores de medición, los cuales son exhaustivamente auditados por sistemas informáticos, por auditores internos y ministeriales. Cada año se evalúa el cumplimiento de los compromisos y según los porcentajes predefinidos, se determina la obtención de determinados beneficios remuneracionales que pueden significar un porcentaje cercano al 15% de los ingresos de cada funcionario.

Estos sistemas van unidos a mecanismos de promoción vía concursos y ya no promoción automática, lo que constituye otra vía para estimular el desempeño, el estudio y la calidad del trabajo.

---

[19] En el caso de la Dirección del Trabajo www.direcciondeltrabajo.cl ingresar en la sección «gobierno transparente».

6. UNA RED DE CONTROL

La complejidad ya reseñada de los sistemas de organización productiva, hacen necesario proyectar un sistema de inspección del trabajo que incorpore intensivamente las tecnologías de la información, así como la capacidad de corresponsabilizar a otros actores en el cumplimiento de las normas laborales, conscientes siempre del irrenunciable papel del Estado.

Se debe conformar entonces el servicio de inspección, como una entidad con capacidad de administrar una red de información, pero además administrarla estratégicamente[20], para hacer un uso eficiente de sus recursos, y comprometer, vía incentivos, al conjunto de actores del sistema de relaciones laborales.

6.1. El uso de las nuevas tecnologías.

Se ha destacado el importante desarrollo de los sistemas informáticos en el quehacer de la Dirección del Trabajo, y su aplicación a los procesos de fiscalización y sanción. Así como la posibilidad de los usuarios de realizar algunos trámites vía web.

No obstante, habiendo tecnología disponible, no existe aún el instrumental administrativo, ni el soporte normativo para poder contar con sistemas de inspección informatizada. Esta modalidad de fiscalización sí existe en el área tributaria, donde el Servicio de Impuestos Internos dispone de sistemas de fiscalización automáticos, dado que toda la actividad tributaria de los ciudadanos queda registrada en sus bases de datos. Como ejemplo se puede señalar que la declaración de impuestos anual de la renta es propuesta por internet a cada contribuyente, la que ha sido elaborada por el propio Servicio de Impuesto Internos a partir del cruce de sus bases de datos.

Sin duda, hay muchos ámbitos de la realidad laboral que no es posible aprender por estos medios, en particular los referidos a higiene y seguridad y por cierto los fenómenos de informalidad laboral. Pero precisamente interesaría, frente a la escasez de recursos humanos materiales, privilegiar la labor en terreno para controlar estas materias, y no para verificar el cumplimiento de obligaciones que sin ninguna mayor dificultad puede estar registrada en las bases de datos de las empresas, las cuales por lo demás ya las poseen, dado lo impensable que resulta que una empresa se inserte en los mercados, se relacione con los bancos, se contacte con sus clientes, administre su personal, sin tener incorporadas estas tecnologías, pensamos particularmente en la mediana y gran empresa.

---

[20] Al respecto consultar WEIL, D., *op. cit.*

Por lo tanto, sería del todo razonable, establecer obligaciones de registro informático en bases de dato administradas por la autoridad del trabajo: nómina de trabajadores, contratos de trabajos, términos de contrato, remuneraciones pactadas, pago de remuneraciones, jornadas de trabajo, descansos, pagos de seguridad social, nómina de contratistas, inicio de obras, etc.

Cuando se ha pretendido establecer obligaciones registrales, ha existido resistencia por las cargas burocráticas que esto significa, o en los casos en que se ha establecido deviene en acumulación de documentos en las oficinas de las inspecciones, pero sin ninguna capacidad de administrar dicha información para los fines de control. Sin embargo, establecer exigencias de registro informático, resuelve las eventuales dificultades reseñadas, y permite reducir enormemente las cargas de trabajo de la inspección, ampliando en magnitudes considerables la cobertura de fiscalización.

6.2. Las responsabilidades de las empresas principales o mandantes

Si bien la legislación referida a subcontratación ha quedado neutralizada por la limitación impuesta judicialmente a las facultades de la Dirección del Trabajo, en lo referido a sancionar y erradicar el fraude respecto del ocultamiento del verdadero empleador, hay otro aspecto que si ha tenido efectos positivos.

Dice relación con dotar a la «empresa principal» o «mandante», la que externaliza procesos o servicios[21], de facultades para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de sus empresas contratistas o subcontratistas, facultades que se le incentiva a ejercer por la vía de asignarle responsabilidad subsidiaria o solidaria según si ejerce o no dichas facultades.

Lo anterior se traduce en que la «empresa principal», como la denomina nuestra legislación, tendrá responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de dar, legales o convencionales, las obligaciones previsionales y la obligación de indemnización legal por término de la relación laboral. Esta responsabilidad sólo cubre período durante el cual el trabajador estuvo prestando servicios a la empresa principal en régimen de subcontratación.

El incentivo para controlar el cumplimiento de las obligaciones de las empresas contratistas, opera por la eventual afectación de su patrimonio por la responsabilidad solidaria frente a las obligaciones impagas, pero además se le permite trocar la responsabilidad solidaria por responsabilidad subsidiaria, si ejerce determinadas facultades: requerir información del estado de cumplimiento

---

[21] Cabe consignar que en la regulación chilena no existe límite a los procesos o funciones que puede externalizar una empresa, por tanto está permitido externalizar aquellos que digan relación con el giro propio.

de las obligaciones, lo que se acredita por certificados de la inspección del trabajo u «otros medios idóneos»; si constata incumplimientos, podrá retener los pagos a la contratista; con dichos fondos retenidos pagar a los trabajadores o a los organismos previsionales, según la naturaleza de la deuda. También tiene la facultad de pagar por subrogación.

Por otra parte, en lo referido a higiene y seguridad se le asigna a la «empresa principal» responsabilidad directa en las condiciones básicas, ya que es esta empresa, como dueña de la faena, la que tiene el control de lo que en ella ocurre. Además se le asigna una función de vigilancia y gestión de la seguridad, debiendo controlar que las distintas empresas contratistas cumplas sus obligaciones de velar por la vida e integridad de sus dependientes.

Hay por lo tanto fuertes incentivos, en las empresas que subcontratan, para verificar que sus contratistas cumplan con las obligaciones laborales y de seguridad social, incorporando sistemas de auditoría en los contratos comerciales, con lo cual pueden estar permanentemente controlando el respeto a la legislación laboral.

Según consigna WEIL, en su trabajo ya citado, un problema existente en las tareas de inspección es que «se fija más en el contratista que en la obra. En general, la estrategia de investigación de la Administración de Seguridad y Salud en el Trabajo está centrada en el empleador. Sin embargo, los hechos relevantes para la seguridad y la salud en la construcción –y sobre todo los problemas importantes que puedan haber– suelen derivarse de factores que pertenecen al plan de la obra, como por ejemplo la gestión de ésta, los plazos fijados, el grado de coordinación de los distintos grupos de trabajo y los seguros del plan. Al encauzar la vigilancia hacia el contratista (el empleador), apenas se inducen cambios en la gestión del plan en su conjunto».

6.3. Las organizaciones sindicales.

Las organizaciones sindicales, junto con sus funciones de representación de los trabajadores en la negociación colectiva, o en la interlocución con el gobierno, les corresponde también una labor de primer orden en colaborar con el control del cumplimiento normativo, poniendo en conocimiento de la autoridad las infracciones de que tomen conocimiento. Esto favorece la focalización de los esfuerzos de la inspección del trabajo.

Por cierto, cuando existen organizaciones sindicales fuertes, con capacidad de interlocución con los empleadores, permiten incluso por su sola actividad asegurar que los empleadores no infrinjan la ley o los acuerdos colectivos, permitiendo a la administración ocuparse de sectores donde los trabajadores no cuentan con representación sindical.

Sin embargo, cuando existe organización sindical relativamente débil, la actuación conjunta con la inspección, permite fortalecer y legitimar la actividad sindical frente a los trabajadores, ya que aparece como un interlocutor válido de la autoridad, ofreciendo a los trabajadores un acceso expedito a la protección estatal. Sin embargo, debemos ser cautelosos cuando la presión sindical frente a la autoridad es con objetivos distintos, como por ejemplo generar condiciones para enfrentar un proceso de negociación colectiva con la empresa, o enfrentar un proceso eleccionario buscando los dirigentes un protagonismo mayor por medio de la denuncia de infracciones ante la autoridad.

Siempre la inspección debe lograr un justo equilibrio en dar cobertura a sectores o empresas con importante actividad sindical, y también a sectores donde no existe dicha actividad o representación. No cuidar esta diferenciación puede agudizar la segmentación de los mercados de trabajo, y descuidar la precarización de las condiciones de trabajo de los dependientes temporales, los jóvenes y la mujeres, normalmente no suficientemente representados por el actor sindical.

6.4. Los controles de los organismos del Estado como clientes de empresas privadas.

Finalmente, es relevante consignar, la importancia de que el conjunto del Estado, establezca límites a la contratación de servicios o realización de obras, dando preferencia en las licitaciones o contrataciones a aquellas empresas que acreditan el cumplimiento de las obligaciones laborales. Y en materias de mayor gravedad derechamente excluyéndolas de la contratación.

Es así como la ley 20.238, publicada en el Diario Oficial de 19 de enero de 2008, modificó la ley 19.886 de «Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y de Prestación de Servicios», estableciendo normas de protección a los trabajadores. Entre los aspectos más destacables podemos consignar:

a. Quedan excluidas de la contratación con el Estado, las empresas que al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenadas por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, dentro de los anteriores dos años.

b. «En caso de que la empresa que obtiene la licitación o celebre convenio registre saldos insolutos de remuneraciones o cotizaciones de seguridad social con sus actuales trabajadores o con trabajadores contratados en los últimos dos años, los primeros estados de pago producto del contrato licitado deberán ser destinados al pago de dichas obligaciones,

debiendo la empresa acreditar que la totalidad de las obligaciones se encuentran liquidadas al cumplirse la mitad del período de ejecución del contrato, con un máximo de seis meses. El respectivo servicio deberá exigir que la empresa contratada proceda a dichos pagos y le presente los comprobantes y planillas que demuestren el total cumplimiento de la obligación».

c. En el caso que se incumplan las obligaciones anteriores «por parte de la empresa contratada, dará derecho a dar por terminado el respectivo contrato, pudiendo llamarse a una nueva licitación en la que la empresa referida no podrá participar».

d. «En el caso de la prestación de servicios habituales, que deban proveerse a través de licitaciones o contrataciones periódicas, se otorgará mayor puntaje o calificación a aquellos postulantes que exhibieren mejores condiciones de empleo y remuneraciones».

e. Las garantías que presenten las empresas, deben comprender los gastos de orden laboral y previsional de sus dependientes.

BIBLIOGRAFIA

GAETE BERRIOS, Alfredo, *Tratado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Jurídica de Chile, Santiago, 1967.

GARMENDIA, Mario, *Eficacia Práctica de las Normas Laborales*, FCU, Montevideo, 2005.

HUMERES MAGNAN, Héctor, *Apuntes de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Jurídica, Santiago, 1973.

SILVA, Patricia, «Discurso inaugural I Congreso Internacional: «Dirección del Trabajo Para el Siglo XXI», en *Boletín Oficial Dirección del Trabajo N° 244/Mayo 2009*, Santiago, 2009, pp. 23-56.

OCDE, *Reviews of Labour Market and Social Policies: Chile*, 2009.

VEGA, María Luz, «Administración del Trabajo: Asegurar la Gobernanza a Través de la Aplicación de la Ley en América Latina. El Papel Central de la Inspección del Trabajo», en *Boletín Oficial Dirección del Trabajo N° 244/Mayo*, Santiago, 2009, pp. 23-56.

WEIL, David, «Un Planteamiento Estratégico de la Inspección del Trabajo», en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 127 N° 4, OIT, Ginebra, 2008, pp. 389-419.

PONENCIAS LIBRES

FUNCIONES ASIGNADAS A LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA DE 1924

Emilio Morgado Valenzuela*

PRIMERA PARTE: ANTECEDENTES

En el esquema teórico del «laissez faire» no resultaba apropiada la existencia de políticas públicas en materia de relaciones individuales y colectivas de trabajo. En ese marco sólo se reconocían –o, en su caso, se priorizaban– las primeras en tanto que las relaciones colectivas eran reprimidas y sancionadas. Sólo excepcionalmente se admitía el intervencionismo del Estado como un medio para asegurar su abstencionismo en materias laborales y favorecer el libre funcionamiento del mercado. A la vez se postulaba que sólo al mercado correspondía regular el trabajo humano dependiente y que la normatividad aplicable, de ser necesario, era la de carácter general (civil o comercial).

Hacia 1850, los jóvenes intelectuales, obreros y artesanos que integraban la «Sociedad de la Igualdad» iniciaron el proceso de denuncia de las desigualdades e inequidades existentes entonces en la sociedad chilena. Sus líderes fueron enviados al exilio y su periódico («El Amigo del Pueblo») fue clausurado. Sin embargo sus actividades, escritos y postulados influyeron en la formación de la primera forma organizativa de los trabajadores: las sociedades mutualistas.

Esta modalidad asociativa nace con la creación de la Sociedad de Tipógrafos de Valparaíso (1853) y de la Sociedad de Artesanos de Valparaíso (1858). A ellas se sumas otras asociaciones mutualistas, las que en 1870 sumaban 13 y en 1880 ya eran 39. En 1888 surgió en Valparaíso la primera federación mutualista, denominada «Liga de Sociedades Obreras», seguida por la Confederación de Sociedades Unidas de Santiago (1894) y la Confederación de Sociedades Obreras

de Tarapacá (1896). Entre 1906 y 1908 tuvieron lugar los tres primeros congresos nacionales de las 169 sociedades mutuales existentes en esos años. En 1911 tuvo lugar la Primera Convención de la Federación Obrera de Chile (FOCH), inspirada en las concepciones del mutualismo.

En forma paralela al mutualismo, en 1897 surgieron las «mancomunales», organizaciones de trabajadores de clara orientación reivindicacionista y opuestas a las sociedades mutualistas. Esas mancomunales comenzaron a federarse en 1901 (Combinación Mancomunal de Obreros, en Iquique). Luego se estableció la Combinación Mancomunal de Tocopilla (1902). Quince mancomunales, representando a 15.000 afiliados, celebraron su Primera Convención en 1904.

Su discurso, formas organizativas y estrategias de acción multiplicaron el número de adherentes y la influencia de las mancomunales en forma tal que en su Segunda Convención (1917), la FOCH reemplazó su perfil mutualista por uno de reivindicación y defensa de los derechos de los trabajadores, convirtiéndose así en una central sindical[1].

De otra parte, en 1913 se constituyó en Valparaíso la Federación Obrera Regional de Chile, de orientación anarquista, filial de la IWW (International Workers of the World)[2].

Junto a los referidos desarrollos organizativos tuvieron lugar las primeras experiencias huelguísticas. Entre ellas destacan las de: (a) los trabajadores marítimos de Valparaíso (1874); (b) los trabajadores portuarios de Iquique, de la industria del salitre y de otros sectores de actividad en Antofagasta, Valparaíso y Santiago (Julio de1890); (c) los trabajadores portuarios, del salitre y del carbón, entre otros (1902 a 1904), y (d) de los trabajadores del salitre, que terminó con la matanza de huelguistas reunidos en la Escuela Santa María de Iquique (diciembre de 1907). A esas huelgas siguieron la huelga nacional marítima (1917); las protestas nacionales por el alza de los precios de los alimentos (1918 y 1919); la huelga de los trabajadores mineros del carbón (1920 y 1922), y la huelga en la salitrera «San Gregorio» (1921).

Estos procesos sociales coexistieron con el surgimiento de nuevos partidos políticos que –con distintas y divergentes visiones– en forma expresa o implícita incluyeron en sus programas proposiciones para atender las múltiples manifestaciones de la llamada «cuestión social» del siglo XIX. Al respecto cabe evocar que en 1887 nació el Partido Democrático y que un sector de sus militantes fundó el Partido Obrero Socialista que, a su vez, dio origen al Partido Comunista (1922).

---

[1] En su Cuarta Convención (1921) la FOCH se afilió a la III Internacional.

[2] La Segunda Convención se realizó en 1921.

En Chile la cuestión social asumió diversas expresiones. Las más extremas se dieron en la industria salitrera. En esa rama de actividad, por ejemplo, a las muy precarias condiciones de vida de los trabajadores y de sus familias se unían inicuas condiciones de trabajo: (a) ausencia de prevención contra los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales, junto con la inexistencia de protección social para enfrentar esos infortunios del trabajo; (b) pérdida del valor adquisitivo de los salarios como consecuencia de las continuas depreciaciones del «peso chileno» en relación con la «libra inglesa», y del pago del salario en «fichas» que sólo podían ser utilizadas en los economatos y almacenes de la empresa empleadora, en los que además se les asignaba una valor inferior al nominal; (c) ausencia de «libertad de comercio» al interior de los recintos de la empresa; (d) existencia de un régimen salarial preferentemente «a destajo», con escalas de valoración ligadas a la calidad del mineral extraído y rechazo del que no alcanzaba los niveles unilateralmente fijado por la empresa, la que –no obstante– utilizaba el material rechazado. De otra parte se impedía la organización de los trabajadores, se prohibía la presencia de «activistas» y la realización de reuniones.

A lo señalado se agregaba la libertad de despido sin expresión de causa ni indemnizaciones, la inexistencia de limitaciones en cuanto a la duración y distribución del tiempo de trabajo, la existencia de trabajo infantil, y la ausencia de protección legal del trabajo humano.

Similares condiciones presentaba el trabajo en los puertos y en las actividades comerciales e industriales. Además, la creciente migración hacia las ciudades había originado muy graves problemas de carencias e ineficiencias en materias como la vivienda, salud, higiene, alimentación, educación, y los servicios públicos.

Para el Estado, las situaciones descritas constituían «asuntos entre privados» y debían ser visualizados, atendidos y solucionados entra las partes o, excepcionalmente, con la aplicación de medidas asistencialistas voluntariamente estructuradas y proporcionadas por personas o entidades privadas. Los nacientes conflictos colectivos eran atribuidos a agitadores sociales, algunos de ellos extranjeros [3]. A los conflictos no se atribuía un carácter social o laboral sino eran considerados como «conflictos contra el orden público y las sanas y buenas costumbres».

No obstante, el carácter creciente de la conflictividad (comúnmente reprimida en forma violenta, sangrienta y con muerte de trabajadores), y la aparición de

---

[3] En 1918 se dictó la ley 3.346 (conocida como «ley de residencia»), en la que se prohibía el ingreso al país de extranjeros que promovieren la alteración del orden social, practicaren la violencia o divulgaren doctrinas incompatibles con la unidad nacional.

una creciente percepción social y política de la conveniencia y necesidad de solucionar y prevenir los problemas que, en conjunto, eran denominados como «la cuestión social», impulsaron la adopción de medidas que –en el lenguaje de hoy– podrían ser calificadas como «políticas públicas sociolaborales».

Entre esas medidas cabe destacar la instalación de comisiones de estudio de los problemas descritos, generalmente referidos a casos específicos en el norte de Chile, como las instaladas –mediante sendos decretos presidenciales, en 1902, 1904, 1913 y 1919.

De otra parte, en 1907 se había establecido una Oficina del Trabajo en el Ministerio de Industrias y Obras Públicas. Esa Oficina, que en 1921 dirigía Moisés Poblete Troncoso, estaba principalmente encargada de recopilar y publicar estadísticas del trabajo y publicar un Boletín con noticias y análisis de carácter laboral, incluyendo lo concerniente a la legislación del trabajo. En 1917 el Ministro del Interior decretó el establecimiento de un sistema voluntario de conciliación. A la vez, en 1918 y 1919 funcionaron algunas «comisiones de arbitraje y conciliación» para atender ciertos conflictos.

Cabe evocar, además, la adopción de las primeras leyes del trabajo sobre habitaciones obreras (1906); descanso dominical (1907 y 1917); sillas en los establecimientos comerciales (1915); previsión social de las fuerzas armadas (1915); accidentes del trabajo (1916); salas cuna (1917), y previsión social de los trabajadores de la empresa estatal de ferrocarriles (1918).

En 1906 la Cámara de Diputados había constituido una Comisión Especial de Legislación del Trabajo, la que en 1921 pasó a tener el carácter de permanente. Por su parte, el Senado también estableció una Comisión Especial en 1920.

Adicionalmente, diversos proyectos de ley habían sido presentados por Diputados y Senadores, principalmente en materias relacionadas con las condiciones de trabajo. El más significativo fue el Proyecto de Legislación Social presentado el 20 de mayo de 1919 por siete Senadores del Partido Conservador Dicho Proyecto fue principalmente elaborado por el jurista y Senador Juan Enrique Concha, Profesor de Economía Social en la Universidad Católica, el que, tras ser elegido Diputado en 1906, había integrado la Comisión Especial de Legislación del Trabajo de la Cámara de Diputados.

El Proyecto del Partido Conservador regulaba lo concerniente a las condiciones de trabajo, el sindicato legal y los conflictos colectivos. Establecía un sistema de relaciones de trabajo paternalista, inspirado en el trabajo en la agricultura y totalmente descentralizado, al localizarse sólo en el nivel del establecimiento de empresa y no contemplar la existencia de federaciones o confederaciones. Las normas sobre sindicatos se alejaban de los conceptos ya existentes acerca de la libertad sindical, a la vez que ese distanciamiento se acentuaba al

considerar la naturaleza de los mecanismos de conciliación y arbitraje que se proponía establecer.

Ese Proyecto no fue bien recibido por las organizaciones de trabajadores existentes en ese tiempo. Ellas, aunque no tenían reconocimiento, eran –con variados matices– por lo menos toleradas. Al no existir una legislación que las regulara, actuaban en el marco de libertad que les permitían los cambiantes entornos resultantes del quehacer político y del talante de los gobernantes.

Cabe recordar que en la campaña presidencial de 1920, lo concerniente a la «cuestión social» fue uno de los aspectos programáticos del candidato don Arturo Alessandri Palma, entonces Senador por Tarapacá. Elegido Presidente de la República, el 18 de junio de 1921 presentó en la Cámara de Diputados un Proyecto de Código del Trabajo y de la Previsión Social, con su firma y la de Pedro Aguirre Cerda, Ministro del Interior.

El proyecto había sido preparado por Moisés Poblete Troncoso. En cuatro libros se regulaban las convenciones relativas al trabajo, la reglamentación del trabajo, las asociaciones profesionales y los conflictos del trabajo, la previsión y los seguros sociales[4].

Según se expresaba en el Mensaje que acompañaba al Proyecto, la normatividad propuesta se fundamentaba en consideraciones tales como la necesidad de que el Estado actuara rápida y oportunamente a favor de la protección legal de los trabajadores, dejando de lado «las teorías de la escuela individualista clásica». A la vez en el proyecto se expresaba: (a) que la lenta y tardía acción del Estado también había obedecido a «las condiciones peculiares del desenvolvimiento industrial y económico del país»; (b) que en Chile se había producido «una transformación rotunda y radical de las antiguas ideas dominantes en el criterio público sobre los problemas del trabajo y la forma en que debe propenderse a su solución»; (c) se asistía «al desarrollo lento, pero firme y continuado, de una verdadera labor de creación y de renovación jurídica, a la formación de un derecho nuevo, que podría denominarse el Derecho del Trabajo», y (d) que en la Parte XIII del Tratado de Versalles se afirmaba que la «paz universal no puede fundarse sino en la base de justicia social», y que «que

---

[4] Conocedor de los «vastísimos y excepcionales conocimientos en los problemas sociales y sobre legislación obrera» de Moisés Poblete Troncoso, el Presidente Alessandri le encomendó preparar un Proyecto de Código del Trabajo. Con el valioso apoyo de colaboradores como Claudio Arteaga Infante, el Proyecto fue elaborado en muy breve tiempo y enviado a la Cámara de Diputados cuando aún no se cumplían seis meses de iniciado su Gobierno. Las normas incluidas en ese Proyecto se inspiraron en el convencimiento de que «la coacción, por enérgica y exagerada que sea, contiene pero no cura».

existen condiciones de trabajo que implican para un gran número de personas la injusticia, la miseria y las privaciones, lo que engendra un descontento tal, que pone en peligro la paz y la armonía universal», por lo que resultaba «urgente mejorar esas condiciones, por ejemplo, en lo que concierne a la reglamentación de las horas de trabajo, la fijación de una duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo; la contratación de mano de obra; la lucha contra el chomage, la garantía de un salario que asegure condiciones convenientes de existencia, la protección de los trabajadores contra las enfermedades generales o profesionales, y los accidentes del trabajo; la protección de los niños adolescentes y mujeres, las pensiones de vejez e invalidez, la defensa de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, la afirmación del principio de la libertad de asociación sindical, la organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas».

Otro argumento utilizado en el Proyecto de Código consistía en que al ser Chile un Estado Miembro de la Organización Internacional del Trabajo –creada en el Tratado de Versalles– debía dictar las «leyes necesarias a la solución de los problemas del trabajo... estableciendo un mínimum de legislación social, que ningún país del mundo puede desconocer sin perder el decoro de nación civilizada». Adicionalmente, en el Mensaje se mencionaba la obligación impuesta por la Constitución de la OIT, de tener que someter a la aprobación de la autoridad competente los Convenios adoptados en las reuniones de la Conferencia Internacional de Trabajo, así como la obligación de presentar a la Oficina Internacional del Trabajo, informes acerca de las medidas adoptadas para darles cumplimiento. A la vez, se recordaba que las organizaciones de empleadores y de trabajadores estaban facultadas para interponer reclamaciones ante la OIT, en caso de estimar que no se daba cumplimiento «a los acuerdos de la Conferencia». En apoyo de esos argumentos, en el Mensaje se recordaba que en el Tratado de Versalles se sostenía, de una parte, que la no adopción por una nación cualquiera de un régimen de trabajo realmente humano, es un obstáculo a los esfuerzos que las demás naciones hacen para mejorara la suerte de los obreros en sus propios países. También se afirmaba que las medidas propiciadas se fundamentaban en «sentimientos de justicia y de humanidad, así como en el deseo de asegurar una paz mundial durable».

También en el Mensaje se mencionaban los Convenios Internacionales del Trabajo adoptados en las dos primeras Conferencias Internacionales de la OIT, efectuadas en Washington (1919) y en Génova (1920), en materia de horas de trabajo (industria); desempleo; protección de la maternidad; trabajo nocturno (mujeres); edad mínima (industria); trabajo nocturno de los menores (industria); edad mínima (trabajo marítimo); indemnización de desempleo (naufragio) y, colocación de la gente de mar. Al mismo tiempo, en el Mensaje se aludía a las

Recomendaciones adoptadas en esas dos Reuniones acerca del desempleo; reciprocidad de trato; prevención de carbunco; saturnismo (mujeres y niños); inspección del trabajo (servicio de higiene); fósforo blanco; horas de trabajo (pesca); horas de trabajo (navegación interior); estatutos nacionales de la gente de mar y, seguro de desempleo (gente de mar).

En cuanto a la administración pública del trabajo, en el Mensaje que acompañaba al proyecto se expresaba que con la creación de la Inspección del Trabajo se pretendía «dar una organización estable y definitiva al servicio encargado, en primer lugar, de estudiar bajo todos sus aspectos, las condiciones en que se desenvuelve el trabajo nacional, en seguida, velar por la estricta observancia y correcta aplicación de las leyes sociales y obreras; y especialmente de las prescripciones legales y administrativas concernientes a la higiene y seguridad del trabajo industrial».

En el Proyecto se creaba, en el Ministerio del Interior, una Dirección General del Trabajo encargada, entre otras funciones: (a) recopilar, coordinar y publicar «los datos e informaciones relativas a los conflictos colectivos», el «resultado de las leyes que interesan especialmente a los obreros, y situación comparada del trabajo en Chile y en el extranjero»; (b) estudiar y proponer al Gobierno «las medidas legales o administrativas que puedan adoptarse para mejorar las condiciones del trabajo...»; (c) informar «sobre los estatutos de las sociedades de obreros y de empleados» y, (d) organizar y dirigir «la inspección y vigilancia directa del trabajo con el fin de asegurar el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y administrativas...».

Al mismo tiempo se creaban ocho Inspecciones Regionales del Trabajo, dependientes de la Dirección General del Trabajo. A este sistema le correspondía cumplir las funciones de tutela y de intervención establecidas en el Proyecto de Código.

No obstante los esfuerzos realizados por el Ejecutivo durante más de tres años, el debate del Proyecto no avanzó significativamente en el Congreso, lo que creó altos niveles de malestar ciudadano y constituyó una de las motivaciones de la sublevación militar del 5 de septiembre de 1924. En su carta del 30 de Noviembre de 1929, dirigida a Poblete Troncoso, el Presidente Alessandri dejó constancia de que en la entrevista habida en la mañana del 5 de septiembre con los militares sublevados, éstos se comprometieron a cesar en su actitud si se aprobaba un conjunto de leyes de su interés, entre ellas, las reguladoras de lo referido al contrato de trabajo de los obreros; el seguro social obligatorio en caso de enfermedad, invalidez y vejez; la compensación por accidentes del trabajo; los tribunales de conciliación y arbitraje; las organizaciones sindicales; las cooperativas y, los empleados particulares.

Tales circunstancias fueron comunicadas por el Presidente Alessandri a los Presidentes ambas ramas del Congreso y «al mayor número posible de Diputados y Senadores», obteniendo de ellos la promesa de despachar las leyes reclamadas «para salvar al país de una revuelta y del naufragio de sus instituciones». Bajo la presión militar, la Cámara de Diputados y el Senado aprobaron esas siete leyes el 8 de septiembre de 1924, sin discusión. Cabe advertir que en la Ley N° 4.057, sobre organizaciones sindicales, fueron incorporadas tanto normas sobre el sindicato industrial –derivadas del Proyecto de 1919, del Partido Conservador– como normas sobre el sindicato profesional, derivadas del Proyecto de 1921, lo que produjo variadas incoherencias y disfuncionalidades en el sistema de relaciones de trabajo surgido de la legislación de 1924, codificada en 1931.

Al no producirse el prometido retorno de los militares a sus cuarteles, el Presidente Alessandri decidió renunciar a su cargo, pero antes firmó y promulgó esas leyes, que fueron llevadas por Moisés Poblete Troncoso a la Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica, donde se había asilado el Presidente.

SEGUNDA PARTE: LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA DE 1924

Los acontecimientos políticos de Septiembre de 1924 condujeron a que el Congreso Nacional, en su sesión de día 8 de ese mes aprobara las siguientes «leyes sociales»:

- 4.053, sobre contrato de trabajo entre patrones y obreros.
- 4.054, que declara obligatorio el seguro de enfermedad, invalidez y accidentes del trabajo.
- 4.055, que reforma la ley de accidentes del trabajo.
- 4.056, sobre conciliación y arbitraje.
- 4.057, sobre organización sindical.
- 4.058, sobre cooperativas.
- 4.059, sobre contrato de trabajo entre patrones y empleados particulares.

I. Funciones asignadas a la inspección del trabajo en la ley N° 4.053, sobre «contrato de trabajo entre patrones y obreros»

En esta ley se regulaba tanto el contrato individual como el colectivo «con preferencia a las leyes generales».

Sus normas no eran aplicables:

- a los trabajos de la agricultura;

- al trabajo doméstico;
- al trabajo que se presta en las casas o establecimientos de comercio, o en establecimientos que tengan menos de diez operarios, o que empleen solamente miembros de una familia bajo la autoridad de algunos de ellos, ni
- al trabajo de los niños en las escuelas profesionales, a condición de que este trabajo sea aprobado y vigilado por la autoridad pública.

La normativa cubría las siguientes materias: (a) duración del contrato de trabajo; (b) sus formalidades; (c) materias que debería contener el contrato de trabajo; (c) terminación del contrato; (d) la duración del trabajos y los descansos; (e) los salarios; (f) el contrato colectivo; (g) el régimen de la fábrica; (h) el trabajo de los menores y de las mujeres; (i) la higiene y seguridad en el trabajo; (j) la libertad de comercio, y (k) las sanciones.

Adicionalmente reemplazó a la Oficina del Trabajo por la Dirección General de Trabajo, dependiente del Ministerio del Interior y encargada, entre otras materias, «de organizar y dirigir la inspección y vigilancia directa del trabajo «con el fin de asegurar el estricto cumplimiento de las disposiciones de esta ley y demás leyes de carácter social». Esas atribuciones se deberían entender «sin perjuicio de las que se confieren por las leyes respectivas a las demás autoridades o servicios administrativos».

Asimismo dispuso que los Inspectores del Trabajo «tendrán derecho de visitar los establecimientos a que refiere esta ley en las épocas y oportunidades que fije el reglamento, y cuando sean requeridas, en caso de reclamación, únicamente para velar por la correcta aplicación de ella y denunciar a la autoridad correspondiente toda irregularidad que notare». También se dispuso que la inspección «del trabajo femenino estará a cargo de mujeres».

Cabe advertir que las infracciones a esa ley eran penadas con multas reguladas y aplicadas –breve y sumariamente– por el correspondiente juez de letras., ante el cual debía hacerse directamente el denuncio Si éste se formulaba ante el Intendente, Gobernador, o a la Dirección General del Trabajo, dichas entidades debían dar cuenta del denuncio al juez de letras. De otra parte dichas autoridades, «los sindicatos obreros del departamento y cualquiera de las partes contratantes» tenían derecho a hacer el denuncio».

Además en la ley se disponía que los que «impidan o dificulten a los inspectores la visita a los locales de trabajo incurrirán en una multa...» de monto ascendente en caso de reincidencia. Si fuere necesario, «los inspectores podrán requerir el auxilio de la fuerza pública para el desempeño de sus funciones».

Finalmente quedaba prohibido a los inspectores del trabajo «divulgar los nombres de las personas, empresas o sociedades que inspeccionaren ... (así

como revelar) «los secretos industriales o comerciales de que hubieren tenido conocimiento en razón de su cargo». Tratándose de esta última infracción correspondía aplicar el Código Penal.

II. Funciones asignadas a la inspección del trabajo en la ley N° 4.054, que declaró obligatorio el seguro de enfermedad, invalidez y accidentes del trabajo

En la ley se dispuso la obligatoriedad del seguro de enfermedad, invalidez y accidentes del trabajo «para toda persona, de cualquiera edad o sexo, que no tenga otra renta o medio de subsistencia que el sueldo o salario que le pague su patrón, sea éste persona natural o jurídica, y siempre que no exceda de cinco mil pesos anuales, si asalariado habita en una capital de provincia, o de tres mil pesos si reside en otra ciudad o lugar». Eran también obligados al seguro «los postulantes o aprendices de cualquier trabajo, industria u ocupación, aunque no tengan sueldo ni salario». Quedaban igualmente sometidos a tal obligación «los artesanos o artistas que trabajan en su domicilio, los que hacen oficios o prestan servicios directamente al público en calles, plazas, portales y almacenes; los pequeños comerciantes fijos o ambulantes; los industriales cuyos capitales en giros sean inferiores a cinco mil pesos con renta media semanal de que no exceda del límite antes fijados». De otra parte, quedaban eximidos de ese seguro los miembros de «una sociedad de socorros mutuos que preste servicios a sus asociados un servicios equivalente a este seguro y que haya sido reconocida por la Caja» a que se refiere esta ley.

Para el cumplimiento de la obligación de este seguro, «el patrono o su representante inscribirá a sus obreros, empleados o aprendices en el registro de la Caja local a más tardar dentro del tercero día siguiente a aquel en que éstos hayan empezado a trabajar,» Los infractores eran sancionados con multas, las que también se aplicaban a «los artesanos o artistas que trabajan en su domicilio, los que hacen oficios o prestan servicios directamente al público en calles, plazas, portales y almacenes; los pequeños comerciantes fijos o ambulantes; los industriales cuyos capitales en giros sean inferiores a cinco mil pesos con renta media semanal de que no exceda del límite antes fijado» que requerido por... un inspector del trabajo... no se inscribieren directamente en el registro de asegurados dentro del plazo de tercero día después del requerimiento».

III. Funciones asignadas a la inspección del trabajo en la ley N° 4.055, que reformó la ley de accidentes del trabajo

La ley definió lo que se entiende por accidente del trabajo y enfermedades profesionales, y por patrono, obrero y empleado. Al mismo tiempo estableció la

«responsabilidad del patrono por los accidentes del trabajo y enfermedades ocurridos a sus empleados y obreros», así como las excepciones a esa responsabilidad y la responsabilidad subsidiaria del propietario, cuando corresponde. También regulaba lo pertinente a la responsabilidad de terceros, e identificaba las industrias o trabajos que dan lugar a la responsabilidad del «patrono» que ocupe cinco o más obreros.

Al mismo tiempo en la ley se normaba lo referido al salario, salario diario, salario anual, y se establecían normas atinentes a la asistencia e indemnizaciones, el seguro, los procedimientos judiciales, y las medidas de previsión y vigilancia. Entre estas últimas la ley dispuso que la «Oficina del Trabajo tendrá a su cargo la inspección y vigilancia administrativa necesarias para asegurar la estricta observancia de esta ley y sus reglamentos complementarios. La misma Oficina ejercerá directamente la vigilancia y fiscalización de las asociaciones o sociedades contra los accidentes del trabajo».

Para esos efectos la ley dispuso que los «patronos o sus representantes, los aseguradores y los distintos funcionarios públicos que intervengan en la aplicación de la ley, están obligados a suministrar a la Oficina del Trabajo o a los inspectores de su dependencia, los datos que les pidan, conforme al reglamento que dictará al efecto», bajo apercibimiento de aplicación de las sanciones establecidas en la Ley N° 2.577, de diciembre de 1911.

De otra parte en la ley se establecía:

a. Que los que «impidan y dificulten a los inspectores la visita a los locales de trabajo» incurrirían en una multa cuyo monto aumentaba en caso de reincidencia. En caso necesario los inspectores podían «requerir el auxilio de la fuerza pública para el desempeño de sus funciones».

b. Que las multas de aplicarían «administrativamente», correspondiendo a los inspectores denunciar la infracción y al gobernador departamental decretar la multa, Si ella no era pagada «dentro de tercero día, desde que se haya hecho saber su imposición», era «cobrada ejecutivamente y elevada al triple». Las multas podían ser decretadas «contra el empresario, gerente, director o jefe de la industria, obra o establecimiento donde el trabajo se preste; pero serán solidariamente responsables con ellos el particular, compañía, sociedad o institución propietaria de la industria, obra y establecimiento».

c. Sólo una vez pagada la multa el infractor podía «reclamar de ella ante en el respectivo juez letrado en lo civil».

Adicionalmente, en los artículos transitorios se establecieron algunas normas atinentes a la contratación de inspectore[5].

IV. Funciones asignadas a la inspección del trabajo en la ley N° 4.056, sobre conciliación y arbitraje

La ley 4.056 estableció tres mecanismos de solución de conflictos: el trato directo, la conciliación y el arbitraje. Además reguló la intervención de los sindicatos en los conflictos de trabajo, los delitos contra la libertad de trabajo y las penas. Asimismo prohibió la interrupción intempestiva del trabajo antes haberse agotado los procedimientos de conciliación establecidos en dicha ley.

Trato directo

En la ley dispuso que en caso de producirse una cuestión susceptible de provocar un conflicto de orden colectivo que afectare total o parcialmente al personal o cuando de hecho se hubiere producido ese conflicto se debía constituir una delegación de los obreros interesados, encargada de «procurar el arreglo de la controversia suscitada».

También se normó lo atinente a la representación de la empresa en dicho trato directo y prohibió suspender de su trabajo a los obreros en conflicto, a menos que atentaren contra bienes de la empresa o incitaren al público a abstenerse de consumir los productos elaborados en ella.

Conciliación

La ley estableció la conciliación obligatoria a cargo de diez Juntas Permanentes de Conciliación. También contempló la posibilidad de establecer juntas Especiales de Conciliación para industrias determinadas.

Las Juntas eran tripartitas y presididas por un Inspector del Trabajo en las localidades en donde hubiere Inspección del Trabajo. Éste carecía del derecho a voto.

A las Juntas Permanentes de Conciliación se encomendó: (a) conocer «de los conflictos de trabajo que se promuevan entre patronos o empleadores y los obreros de las empresas sometidas a esta ley y situadas en el territorio de su jurisdicción» que no hubieren podido ser resueltos mediante el trato directo de las partes, y (b) conocer, en única instancia, de los litigios a que diera lugar la aplicación de las leyes 4.053, 4.057 y 4.059, sobre contrato de trabajo entre

---

[5] Para cumplir las funciones inspectivas ya señaladas –mientras se organizaban en forma definitiva los servicios de inspección del trabajo– se crearon en la Oficina del Trabajo «cinco puestos de inspectores que residirán en la zona que determinen los reglamentos». Serían designados por el Presidente de la República, previo concurso, a propuesta del Jefe de la Oficina del Trabajo.

patrones y obreros, organización sindical, y contrato de trabajo entre patrones y empleados particulares, respectivamente.

También en la ley 4.056 se estableció que dictada una sentencia definitiva, «deberá la Junta ocurrir al juez de letras del departamento que corresponda, el cual ordenará la ejecución de lo resuelto».

Procedimiento de conciliación

En la ley también se establecía que al Presidente de la Junta (el Inspector del Trabajo, en su caso), correspondía: (a) determinar la forma y condiciones en que serían oídos los representantes de los obreros. Si el número de ellos excedía de cinco, el Presidente fijaría el número máximo, «debiendo asegurarse la debida representación a las distintas categorías profesionales; (b) firmar –junto con los representantes de las partes y el Secretario de la Junta– el acta que dé testimonio del acuerdo que pueda producirse entra las partes, y (c) publicar –a solicitud de cualquiera de los interesados o de la Oficina del Trabajo– un informe en que se enuncie las causas del conflicto, un extracto del desarrollo de las gestiones de avenimiento y el texto completo del acuerdo celebrado por los interesados, en el caso de que una de las partes «rehuyera el cumplimiento exacto de lo convenido».

Procedimiento de arbitraje

Si fracasada total o parcialmente la conciliación las partes no acuerdan someter la decisión del conflicto al arbitraje, la proposición de hacerlo correspondía al Presidente de la Junta Permanente de Conciliación.

Para que el Tribunal Arbitral pudiera entrar a conocer el conflicto era necesario que previamente se reanudara el trabajo, si éste hubiere sido suspendido por causa de huelga o cierre de fábrica. Para el cumplimiento de sus funciones los árbitros podían hacerse asesorar por las correspondientes Inspecciones del Trabajo y por «los Miembros de la Junta de Conciliación que hubiere conocido de la controversia pendiente».

La sentencia arbitral debía ser publicada en el Diario Oficial, y puesta en conocimiento de las partes, remitiéndose copia de ella a la Dirección General del Trabajo y a la Inspección Regional correspondiente.

Intervención de los sindicatos en los conflictos del trabajo

La ley radicó en los sindicatos la declaratoria de huelga, siempre que concurrieran los requisitos legalmente establecidos. Asimismo reguló lo concerniente a la declaratoria del cierre de fábrica por el sindicato patronal o por un patrón o empleador. También normó lo concerniente al comité de huelga y sus facultades, y estableció que el abandono del trabajo «sin declaración de huelga hará responsable al Sindicato de los daños y perjuicios causados por los que tal cosa hicieren, siempre que el Sindicato no tome alguna medida disciplinaria contra ellos».

Delitos con contra la libertad de trabajo

Las conductas y actos del patrón o empleador, sindicato patronal o sindicato o federación obrera, tipificados como delitos contra la libertad de trabajo en la ley 4.056, eran sancionados con «uno a sesenta días de prisión, cuando no importen, según las leyes, delitos a que corresponda pena mayor».

Los delitos contra la libertad de trabajo ser denunciados por los «agentes de la autoridad en general», lo que incluía a los de la naciente administración pública del trabajo.

Las penas

El incumplimiento de las normas de la ley 4.056 era sancionado, según el caso, con multas, la disolución del sindicato, la prohibición de contratar obreros en condiciones inferiores a las fijadas en el fallo arbitral, la separación de los trabajadores de sus empleos sin derecho a indemnizaciones, la prohibición de afiliarse a otro sindicato de obreros.

Algunas de esas penas eran directamente ordenadas por la Junta Permanente de Conciliación y en otros casos se requería una «previa declaración del Director de la Oficina del Trabajo o del Inspector Regional que correspondiera».

V. Funciones asignadas a la inspección del trabajo en la ley N° 4.057, sobre organización sindical

En el proceso legislativo iniciado en 1921 hubo dos proposiciones divergentes acerca del modelo de organización sindical.

En una, patrocinada por los sectores conservadores, se proponía la existencia de *sindicatos industriales* integrados por obreros (y por empleados cuyo sueldo no excediere de cuatrocientos pesos mensuales). Se caracterizaban por la existencia de la afiliación obligatoria en sindicatos de empresa encabezados por dirigentes designados mediante un sistema de voto acumulativo en el que los asociados con tres años de antigüedad en la empresa tenían derecho a dos votos (más uno adicional por cada dos nuevos años al servicio de la empresa). Las funciones de director eran remuneradas en la forma establecida en los estatutos del sindicato.

En la composición del patrimonio del sindicato se contemplaba el 50% de las multas aplicadas a los obreros y empresarios como sanción por infracciones a la ley 4.053 sobre contrato de contrato. De otra parte se establecía la participación en los beneficios de la empresa [6]. El 50 % de dicha participación se entregaba al

[6] La participación anual era del 6% de los sueldos y salarios de los miembros del sindicato «hasta la concurrencia» del 10% de las utilidades líquidas de la empresa. Esta participación no se aplicaba en empresas organizadas como sociedades anónimas que destinaren el equivalente al 6% del capital pagado, a acciones de trabajo que fueren «de propiedad colectiva del Sindicato empleados y obreros de la misma empresa».

Sindicato para ser aplicado en finalidades de naturaleza «mutualista» a su cargo. La solución de las dificultades que surgieren en la aplicación de las normas sobre participación en los beneficios serían resueltas «sin ulterior recurso, por un tribunal establecido de acuerdo con las disposiciones de la ley sobre Tribunales de Conciliación y Arbitraje», esto es, con la posible presidencia de un Inspector del Trabajo.

La otra proposición, patrocinada por los sectores liberales, favorecía la implantación de *sindicatos profesionales* caracterizados por la afiliación voluntaria de «empleados y obreros de una misma profesión, industria o trabajo, o de profesiones, industrias o trabajos similares o conexos, con el fin de ocuparse exclusivamente en el estudio, desarrollo y legítima defensa de los intereses económicos comunes de los asociados».

Estos sindicatos gozarían de personalidad jurídica sin otras condiciones ni limitaciones que las determinadas en la ley.

Ambas proposiciones fueron incorporadas en la ley 4.057 en la que asignaron facultades a la Dirección General del Trabajo y a las Inspecciones Regionales respecto de la práctica y control de cumplimiento de sus normas, particularmente en cuanto al registro de los sindicatos y a su disolución.

VI. Funciones asignadas a la inspección del trabajo en la ley N° 4.058, sobre cooperativas

La ley encargó a la Oficina del Trabajo velar por su estricto cumplimiento, para lo cual dispuso que «cuando lo estime conveniente, el Jefe de esta Oficina podrá practicar, por sí mismo o por intermedio de otra persona, una inspección a las sociedades cooperativas que funcionen en el territorio de la República, y dará cuenta al Gobierno y a la Municipalidad respectiva, respecto de las observaciones que tenga a bien hacer sobre el funcionamiento de las sociedades que inspeccione».

En forma especial en la ley se dispuso que debía enviarse a la respectiva Municipalidad y a la Oficina del Trabajo copia del balance semestral o anual de las cooperativas y los correspondientes datos explicativos. Ambas entidades, además, debían ser informadas de la terminación y liquidación de las cooperativas

VII. Funciones asignadas a la inspección del trabajo en la ley N° 4.059, sobre «contrato de trabajo entre patrones y empleados particulares»

Teniendo presente lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 4.059, se consideraba empleado particular al asalariado en cuyo servicio no predominaba el

esfuerzo físico, siempre que no estuviere exceptuado del ámbito de vigencia de esa ley, como era el caso, por ejemplo, de aquellos cuyos servicios no eran continuos o prestaban servicios en sus propios domicilios; de los empleados públicos remunerados con fondos contemplados en la Ley de Presupuesto; de los empleados en labores agrícolas y los «sirvientes domésticos».

En párrafos sucesivos la ley 4.059 regulaba lo concerniente a la duración del trabajo, los sueldos y comisiones, el trabajo de menores, el fondo de ahorro y previsión, la terminación del contrato, las sanciones, prescripción y jurisdicción.

En su artículo final disponía que competía a «la Inspección General del Trabajo» supervigilar la observancia de esa ley.

TERCERA PARTE. CONCLUSIONES

De lo expuesto se puede concluir que en 1924 la naciente política pública de trabajo estaba principalmente orientada a regular las relaciones individuales y colectivas de trabajo, los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y las cooperativas.

Para ello se valía de dos instrumentos de acción: la legislación y la administración del trabajo, incluida la inspección.

A los correspondientes servicios de inspección correspondían no solo funciones fiscalizadoras sino que también otras de naturaleza tuitiva, pre-jurisdiccional, conciliadora, mediadora y sancionadora. Ellas eran acompañadas por funciones de carácter coadyuvante con las misiones más amplias encargadas a la Dirección General del Trabajo.

En consecuencia, desde sus orígenes las funciones de los servicios de inspección del trabajo en Chile han sido multidimensionales.

FUENTES CONSULTADAS

BARRÍA SERÓN, Jorge, *Breve historia del sindicalismo chileno*, Santiago, 1967.

GONZÁLEZ M., Sergio, *Ofrenda a una masacre. Claves e indicios históricos de la emancipación pampina de 1907*, LOM, Santiago, 2007.

MORGADO VALENZUELA, Emilio, «Chile: Collective Labour Relations», en *International Enciclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1993. Actualizado en 2003 y 2008, *International Enciclopaedia of Laws*, General Editor Prof. Dr. Roger Blanpain, Kluwer Law International, The Hague, London, New York.

MORGADO VALENZUELA, Emilio, «Reseña histórica de la evolución de la administración del trabajo en Latinoamérica», en CORTÁZAR, R. / ESPINA, A. / JAVILLIER,

J.C. / MARTÍNEZ, D. / MORGADO, E. / TOKMAN, V.E., *Administración Laboral y Ministerios de Trabajo en el Siglo XXI*, 1ª ed., OIT, 1997.

MORGADO VALENZUELA, Emilio, «La Nueva Cuestión Social en Latinoamérica», en *Evolución del Pensamiento Juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997.

MORRIS, James O., *Elites, intellectuals and consensus: a study of the social question and the industrial relations system in Chile*, NYSSILR, Cornell University. (Ithaca), New York, 1966. Traducido al español en INSORA/Universidad de Chile. Santiago, 1967.

PIZARRO, Crisóstomo, *La huelga obrera en Chile*, 1890-1970, Santiago, 1986

POBLETE TRONCOSO, Moisés, «La organización sindical en Chile y otros estudios sociales», en *Serie A Nº 8*, República de Chile: Ministerio de Higiene, Asistencia, Previsión Social y Trabajo. Sección Internacional, Biblioteca y Publicaciones. Santiago, 1926.

República de Chile: Cámara de Diputados: Proyecto de Código del Trabajo y de la Previsión Social, 1921.

República de Chile: Leyes 4.053, 4054, 4055, 4056, 4057, 4058 y 4059, de Septiembre de 1924.

LA INSPECCIÓN LABORAL COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL EN EL PERÚ[1]

Guillermo Boza Pró*
Luis Mendoza Legoas**

I. INTRODUCCIÓN[2]

La importancia del derecho de libertad sindical como pivote de todo sistema de relaciones laborales que se precie de democrático, moderno, mínimamente desarrollado, es incuestionable. En el Perú, este derecho tiene un antiguo y extenso reconocimiento normativo. Basta señalar su raigambre constitucional hace treinta años y que forma parte de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país, en particular, los convenios 87, 98 y 151 de la OIT. Pero no solo eso. El Perú, como parte de su política de apertura económica, ha suscrito recientemente –y viene negociando otro tanto

---

1 Parte de las reflexiones realizadas en la presente ponencia se encuentran en el capítulo 3 del Manual que viene preparando Guillermo Boza para el curso de Derecho Laboral General, a su cargo, en la Facultad de Derecho de la PUCP.

* Profesor principal de Derecho del Trabajo de la PUCP, Coordinador de la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP.

** Asistente académico de la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP.

2 En este trabajo haremos uso de las siguientes siglas: **LGIT**: Ley General de Inspección del Trabajo; **LRCT**: Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo; **MTPE**: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo; **OIT**: Organización Internacional del Trabajo; **RLGIT**: Reglamento de la Ley General de Inspección; **TC**: Tribunal Constitucional peruano. Por otro lado, haremos uso preferente del término «*inspección laboral*», utilizando el término «*inspección del trabajo*» en las citas o referencias a las normas que contengan tal nomenclatura. En todos los casos se usan como sinónimos.

en términos similares- sendos tratados de libre comercio con diversos Estados, en los que se recoge la obligación de los Estados firmantes de respetar y garantizar ciertos derechos laborales básicos –en consonancia con la Declaración de la OIT de 1998, relativa a los principios y derechos laborales fundamentales en el trabajo, entre ellos la libertad sindical.

Sin embargo, este panorama normativo del derecho de libertad sindical, pródigo en reconocimientos al más alto nivel, quedó desdibujado por su desarrollo en el ámbito infraconstitucional. Entre los problemas que ha acusado nuestra legislación laboral a lo largo del tiempo en este tema se observan fenómenos diversos, que van desde la intervención autoritaria sobre las relaciones colectivas de trabajo, practicada por el Estado en las décadas de los 70 y los 80, hasta el período de radical flexibilización que experimentó el mercado de trabajo peruano en los años noventa, que supuso una desregulación estatal o regulación heterónoma a la baja en el ámbito de los derechos individuales del trabajador, acompañada del establecimiento de una normativa restrictiva en el plano de los derechos colectivos laborales. Es decir, la ecuación perfecta para el desmantelamiento del derecho laboral en nuestro país.

La LRCT, que data de 1992, es la norma que otorga el marco para el desenvolvimiento de las relaciones colectivas de trabajo, y si bien ha sufrido algunas modificaciones positivas a fines del 2002, con la vuelta a la normalidad democrática, ha mostrado desde el inicio de su vigencia un problema estructural, que es la generalizada ausencia de sanciones de los incumplimientos, por parte de los empleadores, de las obligaciones derivadas de los derechos colectivos reconocidos a los trabajadores o a sus representantes. En otras palabras, la formulación de la norma cumple con declarar un derecho, pero descuida su cometido de garantizarlos, limitándose, en la mayoría de los casos, a enunciar un derecho a favor de los trabajadores (o de sus representantes) sin establecer las consecuencias jurídicas mediante las cuales se sanciones o desincentive el incumplimiento. El problema de la LRCT radica entonces en la insuficiencia de mecanismos de protección contra actos antisindicales de diversa índole (preventivos, reparadores, procesales, etc.), incumpliéndose de esta manera con el doble mandato del Convenio N° 98 de la OIT en esta materia: de una lado, respecto de la exigencia de una adecuada protección para los trabajadores, frente a actos de discriminación motivados en su actividad sindical; para los propios sindicatos, frente a actos de injerencia estatal o patronal; y, de otro, con la obligación del Estado de crear «organismos» dirigidos a garantizar el respeto de los derechos de sindicación.

Como ha manifestado reiteradamente el Comité de Libertad Sindical de la OIT, de poco sirve la existencia de normas sustantivas que proscriban las prácticas antisindicales, si estas no van acompañadas de procedimientos eficaces

para hacerlas cumplir en la práctica. Se requiere, por tanto, de «mecanismos o procedimientos eficaces, rápidos y confiables para el control, la prevención y la reparación»[3] de los actos de discriminación sindical, medidas que, en definitiva, garanticen el pleno ejercicio de la actividad sindical.

Sin desmerecer ninguna medida de tutela, los mecanismos preventivos son particularmente importantes para la protección de la libertad sindical en aquellos casos en los que su reparación difícilmente será posible, por ejemplo, cuando el paso del tiempo necesario para que los mecanismos procesales actúen, reste idoneidad a cualquier medida de reparación, permitiendo la impunidad del agente del acto antisindical. Por esa razón ERMIDA URIARTE[4] define a los mecanismos preventivos como aquellos que procuran evitar que se llegue a producir el acto antisindical, o al menos, sus efectos.

Ahora bien, la inspección laboral es un mecanismo preventivo por excelencia, que «constituye uno de los ejes centrales en una política pública de cumplimiento laboral y de tutela a través de la vigilancia y del asesoramiento técnico a los empleadores y trabajadores [...], convirtiéndose así en un canal de atención de los reclamos y en un verdadero mecanismo de prevención y solución de los conflictos laborales»[5]. En este orden de ideas, la inspección laboral puede actuar como un mecanismo de protección eficiente que permita al Estado garantizar la libertad sindical, mediante la prevención, la disuasión[6] y las sanciones que puedan establecerse.

Para que la inspección laboral cumpla los fines que tiene previstos, la doctrina[7] considera indispensable que los Estados deben respetar e implementar un sistema de inspección que cumpla los estándares de la normativa internacional

---

3 ERMIDA, Oscar / VILLAVICENCIO Alfredo, *Sindicatos en libertad sindical*, ADEC-ATC, Lima, 1991, pp. 66-67.

4 ERMIDA URIARTE, Óscar, «La protección contra actos antisindicales», en *Revista Derecho Laboral*, N° 146, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, pp. 326 y ss.

5 GARCÍA GRANARA, Fernando, «Alcances y límites de la inspección del trabajo. Los criterios para el ejercicio de las facultades de la inspección del trabajo en el Perú», en *3er Congreso Nacional de la Sociedad Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Chiclayo, 2008, p. 294.

6 Actualmente se sostiene que la disuasión es uno de los principios estratégicos de la inspección laboral, ya que la amenaza de ser inspeccionada –con las consecuencias que ello supone– induce a la empresa a realizar cambios respecto de sus prácticas internas, así como en su actitud frente a la ley. Al respecto, véase WEIL, David, «Un planeamiento estratégico de la inspección del trabajo», en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 127, N° 4, OIT, Ginebra, 2008, p. 395.

7 Véase, VON RICHTHOFEN, Wolfgang, *La Inspección del Trabajo. Guía de la* profesión, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 39 y ss.

del trabajo, conformada por el Convenio N° 81, sobre la inspección del trabajo (1947), que se aplica a la industria, el comercio, la minería y el transporte; el Convenio N° 129, sobre la inspección del trabajo en la agricultura (1969); el Convenio N° 158, sobre la administración del trabajo (1978) y su Recomendación N° 158, sobre la misma materia; y el Protocolo de 1995, relativo al Convenio N° 81, que se aplica al sector de los servicios no comerciales. En esta materia el Perú solamente ha ratificado el mencionado Convenio N° 81, instrumento internacional impone al Estado la obligación de mantener un sistema de inspección del trabajo, estableciendo sus funciones generales.

Pese a la carencia de este marco de referencia supranacional, el servicio de Inspección Laboral existente en Perú ha sufrido una reforma que vino impulsada principalmente en un ambiente de renovación de la administración del trabajo[8]. De acuerdo con CIUDAD REYNAUD[9], la norma anterior a la vigente, el Decreto Legislativo 910, Ley General de Inspección y Defensa del Trabajador, como en sus antecedentes, daban cuenta de un modelo ineficaz, que confundía las fases de investigación y sanción. La LGIT rompió con esa tradición y vino a sistematizar las facultades que los inspectores ya ostentaban con la norma precedente, diferenciando las dos fases señaladas.

Desde nuestro punto de vista, la dación de la LGIT, y particularmente la de su Reglamento, han representado un avance en la protección del derecho de libertad sindical, cuya construcción ha sentado sus bases en la evolución de la jurisprudencia constitucional. El RLGIT ha introducido en el ordenamiento jurídico peruano una serie de mecanismos preventivos y sancionadores contra los actos del empleador que atenten contra las manifestaciones fundamentales del derecho de libertad sindical reconocidas en la LRCT y desarrolladas por el TC, tutelando también a la libertad sindical individual de actividad o participación, con lo que se amplía el espectro de manifestaciones del derecho de libertad sindical sobre las que el ordenamiento dispensa alguna clase de protección.

A continuación desarrollamos los mecanismos preventivos de protección del derecho de libertad sindical señalados en el RLGIT. En materia sancionadora,

---

[8] La globalización ha llevado a las administraciones del Trabajo de los países de la región a tomar la iniciativa y efectuar un seguimiento a la efectividad de los derechos laborales, principalmente los que son derechos humanos laborales y entre ellos, desde luego, la libertad sindical. Una explicación de estos procesos puede ser consultada en TOKMAN, Víctor / MARTÍNEZ, Daniel, «Los nuevos contenidos de la Administración del Trabajo y la modernización de los Ministerios de Trabajo en América latina», en *Administración Laboral y Ministerios de Trabajo en el Siglo XXI*, OIT, Lima, 1997, pp. 3 y ss.

[9] CIUDAD REYNAUD, Adolfo, «Un nuevo modelo de inspección del trabajo en el Perú», en 3er. *Congreso Nacional de la Sociedad Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, SPDTSS, Chiclayo, 2008, pp. 331 y ss.

baste señalar que la normativa sobre inspección ha establecido la cuantía de las sanciones a partir de la gravedad de la infracción cometida: muy grave, grave y leve. No obstante, cabe precisar que no siempre se impondrá una sanción pecuniaria, dado que en los casos menos lesivos el resulta posible que el inspector se limite a realizar una advertencia o recomendación.

II. FUNCIONALIDAD DE LA LGIT Y SU REGLAMENTO EN LA PROTECCIÓN PREVENTIVA DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL

No pretendemos profundizar aquí en los diversos problemas que presentan las disposiciones de la LRCT[10]. Nos interesa sí señalar la medida en que la LGIT y su Reglamento han venido a complementar el sistema de protección otorgado por el ordenamiento al derecho de libertad sindical en sus diversas manifestaciones. Y es que una crítica fundamental que se hizo al marco legal establecido por la LRCT (y que nunca llegó a ser subsanado del todo, pese a las diversas modificaciones legislativas realizadas a determinadas disposiciones) tiene que ver con la insuficiencia de mecanismos procesales y sustantivos que garanticen el ejercicio libre de la libertad sindical frente a las represalias empresariales[11].

La LGIT tiene entre sus múltiples fines velar por el cumplimiento de las normas que consagran derechos laborales[12], lo que en materia colectiva representa un significativo avance respecto de la LRCT de cara a la eficacia en la protección de la libertad sindical. Se está refiriendo la LGIT, en concreto, a la obligación que tiene el empleador de respetar los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, tanto a nivel estatal como en los convenios internacionales. Por esta razón, el RLGIT considera como falta muy grave la transgresión, en términos generales, del derecho de libertad sindical, tipificando también como infracciones un conjunto de conductas antisindicales más específicas, tanto en materia de negociación colectiva como de huelga.

Otro aspecto relevante, esta vez de carácter procedimental, es el resaltado por Vega Ruiz, y que tiene que ver con la rapidez y menor costo total de la inspección

---

[10] Al respecto véase, AA.VV., *Ley de relaciones colectivas de trabajo comentada*, Consultores Jurídicos Asociados, Lima, 1994.

[11] Boza Pró, Guillermo / Canessa Montejo, Miguel, «Relaciones colectivas de trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal», en *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*, OIT, Lima, 2000, p. 201.

[12] El artículo 3.1.a de la LGIT establece entre las funciones y facultades de la inspección del trabajo la vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas que se refieren a «la ordenación del trabajo y las relaciones sindicales».

laboral y una pronunciada «huída» de la jurisdicción como espacio tutelar de los derechos[13]. En específico, se señala que en la inspección laboral existe una vinculación más inmediata o estrecha en la denuncia realizada por parte de los representantes de los trabajadores[14].

1. Protección de los derechos de constitución y afiliación

Recordemos que la libertad sindical individual comprende tanto al derecho de constitución (la posibilidad que tienen los trabajadores, sin distinción alguna, de constituir las organizaciones que estimen convenientes, según reza el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT) como el de afiliación, y que este último tiene tanto una dimensión positiva (el derecho de los trabajadores de afiliarse a la organización sindical de su elección, con la sola condición de observar sus estatutos) como negativa (el derecho de los trabajadores de desafiliarse, el mismo que, según algunos autores, supone también el derecho de no afiliarse, mientras que para otros, esto último es simplemente el no ejercicio del derecho de afiliación).

La jurisprudencia constitucional señala que el contenido esencial del derecho de libertad sindical tiene dos aspectos: el primero de ellos, al que denomina orgánico, «consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales» (Exp. N° 1124-2001-AA/TC, fundamento 8); el segundo lo concibe como un aspecto funcional, «que consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones» (*Ibíd.*). En buena cuenta, estamos ante dos aspectos que forman parte de lo mismo, y que se circunscriben -ambos- a la denominada libertad sindical individual en su vertiente orgánica o estática.

Luego, ha precisado el TC, que el contenido esencial del derecho de libertad sindical implica también «la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga» (*Ibíd.*). Es evidente que la consagración del derecho de libertad sindical, incluso al más alto nivel, será letra muerta, si éste no viene rodeado de un conjunto de medidas que posibiliten su pleno ejercicio. Para ello, la normativa internacional del trabajo –que la LRCT recoge sólo en forma parcial, pues protege únicamente a

---

[13] Cabe precisar, además, que la Ley Procesal del Trabajo no contempla un proceso laboral especial (sumario y preferente) de tutela de los derechos de libertad sindical, por lo que, en sede judicial, su vulneración ha de tramitarse en el proceso laboral ordinario.

[14] Vega Ruiz, Maria Luz, *Administración del Trabajo: asegurar la gobernanza a través de la aplicación de la ley en América Latina. El papel central de la inspección del Trabajo*, OIT, Ginebra, 2009, pp. 5 y 6.

determinados trabajadores y sólo frente al despido y traslados injustificados– ha diseñado un sistema de protección de este derecho, que comprende tanto a los trabajadores como a las organizaciones sindicales, frente a actos de injerencia del empleador. Si, como se ha visto, el contenido esencial del derecho en cuestión se limita a aspectos de índole organizativo, e individual, es entendible que éste sea también el ámbito de protección inicialmente diseñado por el TC.

Es en materia de libertad sindical, y específicamente en la fase de la constitución de un sindicato o de la afiliación de los trabajadores al mismo, donde se produce gran parte de las afectaciones a este derecho. Con esto algunos empleadores buscan erradicar de plano y desde el inicio, cualquier intento de los trabajadores de organizarse para la defensa de sus intereses: el empleador despide a los principales dirigentes sindicales o motiva la desafiliación de los trabajadores al sindicato, intentando que no conserve el número mínimo legalmente exigido para subsistir. Ahora bien, no siempre será fácil identificar que esta clase de comportamientos antisindicales provienen del empleador, razón por la cual estas conductas podrían quedar sin sanción.

Por esta razón el TC ha resaltado la necesidad de proteger la dimensión colectiva o plural de la libertad sindical y las de los dirigentes, ya que sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades (Exp. 3311-2005-PA/TC). En ese sentido, señalados aspectos de la inspección laboral diseñada en la LGIT y su Reglamento puede entenderse como la adopción de una política laboral dirigida a fortalecer la libertad sindical en supuestos hasta entonces descuidados por la LRCT.

En concreto, el artículo 25.10 del RLGIT (que en puridad es una cláusula general que habilita a la Inspección Laboral a intervenir ante las violaciones de cualquiera de las tres manifestaciones de la libertad sindical) califica de infracción muy grave en materia de relaciones laborales a los actos del empleador «que afecten la libertad sindical del trabajador o de la organización», aplicándose a estos casos una multa máxima de veinte unidades impositivas tributarias[15]. Cabe destacar el acierto de esta norma cuando especifica qué entiende por «libertad sindical», al comprender no sólo al derecho de constituir sindicatos o a afiliarse a sindicatos ya existentes; sino que alcanza también a los actos que en general obstaculizan la representación sindical, lo que a la luz de la jurisprudencia del TC[16], implica la protección frente a las

[15] Para el año 2009 el valor de cada unidad impositiva tributaria (en adelante «UIT») ha sido fijado en S/. 3550 soles (aproximadamente US$ 900).

[16] A la fecha de la dación del RLGIT, el TC ya había señalado que la libertad sindical también tiene una dimensión plural, «que se manifiesta en la autonomía sindical y la personalidad

violaciones a los derechos de las organizaciones sindicales de: a) elegir libremente a sus representantes (autonomía o libertad de representación); y b) organizar su administración y sus actividades, así como formular su programa de acción (autonomía o libertad de gestión).

Dentro de la realidad nacional es importante resaltar el caso de la empresa «Topy Top», que se ha convertido en un caso emblemático de identificación y sanción por parte de la autoridad administrativa de trabajo de una conducta antisindical, como la que se acaba señalar. Esta empresa fue denunciada ante el MTPE, precisamente, por el hecho de haber despedido a varios dirigentes del sindicato recientemente constituido en la empresa y por haber obligado a otro grupo de trabajadores a renunciar a dicho sindicato. La empresa obstaculizó la labor inspectiva del MTPE, pues impidió que ésta ingresara a sus instalaciones a fin de realizar las verificaciones correspondientes. No obstante, esto no paralizó la acción inspectiva, la que, por otra vía, pudo constatar que las cartas notariales de renuncia al sindicato habían sido tramitadas por el abogado de la empresa y que esta última había corrido con los gastos notariales, por lo que el MTPE impuso la sanción más alta que se puede establecer a este tipo de infracciones. Cabe señalar que esta conducta antisindical supone una doble vulneración de la libertad sindical: de un lado, la que se produce con el trabajador despedido por el hecho ejercitar su derecho de afiliación al sindicato o de verse obligado a desafiliarse para mantener su puesto de trabajo; y de otro, la vulneración del derecho de la propia organización sindical, que ve mermada su libertad de acción o incluso que corre el riesgo de extinguirse por no contar con el número mínimo de afiliados que la ley exige.

2. La extensión de los ámbitos subjetivo y material de la protección contra actos de discriminación antisindical

El sistema de protección del derecho de libertad sindical está consagrado en los Convenios N° 87 y N° 98 de la OIT (artículos 11 y 1, respectivamente). Tanto en la normativa internacional, como la doctrina más autorizada, se destaca la amplitud de la protección que merece este importante derecho frente a los actos antisindicales. La especial consideración de la actividad sindical y su

---

jurídica» (Exp. N° 008-2005-PI/TC, fundamento 26), remitiéndose al artículo 3.1 del Convenio 87 de la OIT. Asimismo, el TC ha establecido que la libertad sindical, en su dimensión plural (léase colectiva), no sólo garantiza «que el sindicato pueda funcionar libremente sin injerencias o actos externos que lo afecten», sino también «las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados de manera colectiva, así como la de los dirigentes para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos» (Exp. 3311-2005-PA/TC, fundamento 8).

trascendencia para el sistema de relaciones laborales requieren que las legislaciones nacionales establezcan un conjunto de medidas que la garanticen y faciliten su libre ejercicio de la actividad sindical, lejos de cualquier acto u omisión estatal y empresarial, para una adecuada defensa de los intereses de los trabajadores[17].

Pues bien, la regulación que ha merecido la tutela de la libertad sindical en nuestro país, al menos en sede legal y reglamentaria, resulta a todas luces insuficiente y restrictiva desde diversos ángulos, en particular, en lo que toca a los *ámbitos subjetivo y material* de la protección contra actos de discriminación antisindical, y a los mecanismos procesales para reparar los actos antisindicales.

En primer lugar, nos ocuparemos del *ámbito subjetivo* en su parte general, que es la dirigida a proteger a todos los trabajadores que ejercen la actividad sindical. Este nivel de protección se corresponde con el establecido en el Convenio 98 de la OIT, cuyo primer artículo consagra un concepto amplio de protección que alcanza a todos los trabajadores sin distinción, por el solo hecho de ejercer la actividad sindical. Sin embargo, la LRCT y su Reglamento establecen que el fuero sindical ampara únicamente a determinados trabajadores (artículo 30°).

Felizmente, en los últimos años, el Tribunal Constitucional ha venido perfilando los contornos del derecho de libertad sindical y apostando, a partir de una interpretación sistemática del artículo 28 de la Constitución y los tratados sobre la materia ratificados por el Perú –en particular de los Convenios 87 y 98 de la OIT–, por una tutela de mayor envergadura que la dispensada por la normativa infraconstitucional. En esta misma dirección apunta, sin duda, el RLGIT que, si bien en sede administrativa, viene siendo la herramienta de mayor cobertura y eficacia de protección de la libertad sindical, como veremos a continuación.

En efecto, el restrictivo panorama infraconstitucional resultante de la LRCT en esta materia ha sido corregido, en buena medida, por el artículo 25.12 del RLGIT, que sanciona la discriminación de los trabajadores por su actividad sindical (sea cual sea su régimen de contratación), calificando a estos actos

---

[17] En ese sentido, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado en reiteradas oportunidades que «la existencia en la legislación de normas de fondo que prohíban los actos de discriminación antisindical no resulta suficiente si las mismas no van acompañadas por procedimientos eficaces para hacerlas cumplir en la práctica». OIT: *Libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 5ª ed. revisada, OIT, Ginebra, 2006, p. 174.

como una infracción muy grave en materia de relaciones laborales, sancionable con multas de hasta 20 UIT. Entonces, ahora existe un mecanismo preventivo y sancionador que complementa al de reparación, ya existente (nos referimos a la tutela procesal frente al despido nulo del dirigente sindical)[18].

Desde luego, el problema probatorio –que es común en todos los casos en los que se habla de discriminación– presenta un difícil escollo a superar. En ese sentido los esfuerzos del MTPE se han centrado en delimitar aspectos específicos que puedan ser controlados por la inspección laboral para determinar la discriminación. Así, la Directiva N° 001-2007/MTPE/2/11.4[19] ha establecido que entre los elementos relevantes a verificar en materia de libertad sindical se encuentran:

- La evolución de personal en los últimos dos años.
- Acciones de personal adoptadas por el empleador que considere o afecte a los dirigentes sindicales así como a miembros afiliados a la organización sindical, considerando dentro de éstas desplazamientos, cambios de turnos, condiciones de trabajo.
- Acciones de personal adoptadas por el empleador respecto de trabajadores con relación de parentesco con los dirigentes sindicales y afiliados a la organización, sean o no miembros de la misma.
- Sanciones impuestas por el empleador a los trabajadores en los seis meses anteriores a la fecha en que se realiza la inspección del trabajo.
- A través de la comprobación de datos verificar denuncias sobre prácticas antisindicales, incumplimientos de convenios colectivos que pudiera registrar el empleador.

Como se puede apreciar, el elenco de situaciones que serían sometidas a conocimiento del inspector laboral apuntan a otorgarle convicción sobre el

---

[18] La práctica ha demostrado que entre las modalidades específicas de intervención del inspector del inspector en la empresa, quizá una de las más relevantes es la verificación de los despidos arbitrarios, que en 2008 significó el 30.4% de las actuaciones de los inspectores (García Granara, *op. cit.*, p. 314). Entre nosotros, también se ha señalado que el inspector puede verificar que efectivamente se impida a un trabajador el ingreso al centro de trabajo de manera injustificada (configurándose así una situación conocida como «despido de hecho»), ante lo cual investigará si la medida adoptada por el empleador es legítima y si acaso cumple con las exigencias procedimentales establecidas para los despidos. Toyama Miyagusuku / Ugaz Olivares, *Comentarios a la Ley general de Inspección del Trabajo*, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 64.

[19] «Directiva Nacional para la ejecución del programa nacional de regularización y verificación de contratos a plazo fijo y su incidencia en el ejercicio de la libertad sindical y la negociación colectiva», expedida por la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo en fecha 28 de setiembre de 2007.

particular estado de las relaciones laborales individuales dentro de la empresa, permitiendo que se tengan mayores elementos de juicio para determinar, objetivamente, si en un caso concreto se presenta un comportamiento discriminatorio por razón de la actividad sindical de algún trabajador.

Por lo pronto, el artículo 25.12 del RLGIT puede ser un factor importante dentro de la legislación laboral peruana que permita el incremento de la población sindicalizada a nivel nacional, aunque todavía es preciso que se corrijan otras condicionantes normativas que dificultan la actividad sindical a nivel nacional[20].

En segundo lugar, cabe reflexionar acerca del *ámbito subjetivo* en su parte especial. Y es que, sin perjuicio de todo lo antes señalado, no puede desconocerse que los representantes de los trabajadores merecen una protección especial respecto al resto de trabajadores sindicalizados[21], dado que la actividad sindical realizada por estas personas las hace particularmente susceptibles de sufrir represalias empresariales.

El artículo 25.11 del RLGIT parece partir de la misma premisa al referirse a los mismos supuestos especiales contemplados en el artículo 31 de la LRCT (sobre el fuero sindical), estableciendo que las trasgresiones a sus garantías reconocidas constituyen infracciones muy graves en materia de relaciones laborales[22], pudiendo ser sancionadas hasta con 20 UIT. Esto supone un *plus* de protección de los representantes de los trabajadores que, sin embargo, se nos antoja insuficiente, pues las sanciones ante represalias que afecten a los dirigentes sindicales pueden tener en no pocos casos un bajo nivel de eficacia: muchos empresarios, quizá por la ausencia de una cultura en el diálogo social, simplemente prefieren asumir el costo de la sanción administrativa antes que tolerar la existencia de un sindicato. Esto es mucho más dramático cuando las represalias se concentran en aquellas personas que ejercen cierto liderazgo dentro de la organización de trabajadores, y en ciertos momentos esenciales donde su presencia resulta trascendente en la acción del sindicato.

---

[20] Al respecto, la doctrina nacional ha señalado insistentemente los condicionantes normativos que impiden la plena vigencia de la libertad sindical en el Perú. Ver por todos: Boza Pró / Canessa Montejo, *op. cit.*, pp. 232 y 233.

[21] *Ibíd.*, p. 202.

[22] Que en este caso son: los trabajadores de sindicatos en formación, los candidatos a dirigentes sindicales y los miembros de comisiones negociadoras Aunque el artículo 25.11 del RLGIT omite a los miembros de la junta directiva de los sindicatos, la violación de sus garantías estaría ya protegida por el artículo 25.10 del mismo cuerpo normativo, cuando sanciona los actos que «obstaculicen a la representación sindical».

Por eso una normativa que cumpla con otorgar el referido *plus* de tutela y, por ende, sea consistente en la prevención de los actos antisindicales dirigidos contra los representantes de los trabajadores, tendría que otorgar mayores garantías a estos trabajadores. Esto podría concretarse en la imposición al empresario de la obligación de seguir cierto procedimiento en el que acredite ante la autoridad administrativa del trabajo la causalidad de las decisiones que adopten respecto a los representantes de los trabajadores, tales como la movilidad geográfica, la licencia en cierta época particularmente sospechosa o incluso el despido[23].

En tercer lugar, en lo que refiere al *ámbito material* de la protección contra la discriminación antisindical, la LRCT se circunscribe al despido y a los traslados inmotivados como posibles actos antisindicales, y si bien se trata de dos actos contrarios a la libertad sindical de la mayor trascendencia, no son los únicos y no siempre los de mayor frecuencia (piénsese, por ejemplo, en las listas negras, las suspensiones y otras medidas disciplinarias, la desigual distribución de la carga de trabajo, la demora en el pago de las remuneraciones, el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, el retardo en ascensos o promociones, la negativa a negociar colectivamente, el no otorgamiento de facilidades sindicales, y un largo etcétera).

En este aspecto el RLGIT no llega a pronunciarse en forma clara, pues de su lectura literal no se desprende la extensión del ámbito objetivo de la protección frente a la discriminación antisindical. Sin embargo el artículo 25.10 del mismo cuerpo normativo (que habíamos identificado antes como «cláusula general» de protección de la libertad sindical) considera una infracción «muy grave» el que se obstaculice a la representación sindical, correspondiéndole una sanción máxima de 20 UIT. Es a partir de este mandato genérico que la pragmática de la inspección laboral podrá incorporar nuevos contenidos al ámbito objetivo de la protección frente al acto antisindical, máxime si la Directiva del MTPE ya citada ha establecido que los inspectores laborales deben verificar las «acciones de personal adoptadas por el empleador que considere o afecte a los dirigentes sindicales así como a miembros afiliados a la organización sindical, considerando dentro de éstas desplazamientos, cambios de turnos, condiciones de trabajo».

---

[23] Así, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha propuesto que «además de los mecanismos de protección preventiva contra actos de discriminación antisindical (como por ejemplo, la obtención de una autorización previa de la inspección del trabajo antes de proceder al despido de un dirigente sindical), otra forma de garantizar una protección eficaz podría consistir en obligar a los empleadores a aportar la prueba de que su decisión de despedir a un trabajador no está vinculada a las actividades sindicales del mismo». OIT, *op. cit.*, p. 174.

3. Las sanciones contra los actos que atenten contra las facilidades sindicales

Las facilidades sindicales son un conjunto de medidas o prerrogativas que se reconocen a las organizaciones sindicales y sus representantes, a fin de posibilitar o favorecer el ejercicio de los derechos de libertad sindical: permisos a los dirigentes sindicales para que puedan realizar actividades vinculadas a su función representativa; descuento de cuotas sindicales por planilla; otorgamiento de locales sindicales y de espacios para la colocación de tablones de anuncios; libre circulación de los representantes de los trabajadores por las instalaciones de la empresa; etc. Algunas de estas medidas de facilitación de la actividad sindical –las más básicas– han sido recogidas expresamente en la LRCT[24], remitiendo el resto a su eventual regulación por convenio colectivo.

El artículo 28° de la LRCT impone al empleador la obligación de practicar, a petición del sindicato, las deducciones en las remuneraciones de los trabajadores afiliados que autoricen esta operación a fin de cancelar sus *cuotas sindicales*. La norma contiene toda una tipología de estas cuotas sindicales (legales; ordinarias; extraordinarias; y contribuciones destinadas a la constitución y fomento de cooperativas de trabajadores sindicalizados), teniendo todas ellas en común el hecho de que su entrega al sindicato por parte del empleador es obligatoria. Vale la pena precisar que el incumplimiento del empleador de alguna de estas deducciones puede provenir no sólo respecto de las obligaciones expresamente establecidas en la LRCT y su Reglamento, sino también de los convenios colectivos que resulten aplicables.

Como es común en múltiples disposiciones de la LRCT, la obligación que en este caso se impone al empleador viene desprovista de una consecuencia jurídica en caso de incumplimiento. ¿Qué ocurriría, por ejemplo, si el empleador decide postergar la entrega de las cuotas sindicales? La situación es grave pues ni siquiera la LRCT o su reglamento se habían ocupado de asignar un plazo para que se efectúe todo este procedimiento. Por ello no puede ser sino bienvenida la regulación del artículo 24.10 del RLGIT, que califica como infracción grave al incumplimiento del empleador de sus obligaciones derivadas del mandato del artículo 28° LRCT, pudiendo aplicarse en éstos casos sanciones de hasta 10 UIT.

No cabe duda de que se trata de un tema cuya importancia podría calificarse como «secundaria» en la práctica de la inspección laboral. En efecto, aunque

---

[24] Al respecto, Boza Pró / Canessa Montejo, *op. cit.*, p. 202 refieren que la entrada en vigor de la LRCT supuso la derogación de normas estatales que otorgaban facilidades sindicales, tales como las reuniones, comunicaciones, desplazamiento de los dirigentes sindicales dentro de la empresa, descuentos de cuotas sindicales por planillas, etc.

el sistema de la LGIT ha sido diseñado con la finalidad de dar vigilancia y exigencia al cumplimiento de las normas legales (artículo 3.1) en general, lo cierto es que la inspección del trabajo debe arreglárselas para enfrentarse a una realidad donde el nivel de incumplimiento de la normativa laboral es alto, y por ende la respuesta natural del propio sistema de inspección laboral es enfocar su atención en las violaciones más urgentes de derechos humanos laborales[25].

De otro lado, el artículo 32° de la LRCT señala que será el convenio colectivo el encargado de establecer las medidas tendentes a facilitar reuniones, comunicaciones, licencias y permisos de naturaleza sindical. A falta de convenio, prosigue la norma citada, el empleador sólo está obligado a conceder permiso a determinados dirigentes para que puedan asistir a actos de concurrencia obligatoria (negociación del pliego de reclamos, diligencias administrativas y judiciales, etc.). Los permisos que se realicen dentro de la jornada de trabajo son retribuidos (se entienden trabajados para todo efecto legal) y no excederán de treinta días por año calendario, por dirigente. No hay más.

El RLGIT califica como infracción grave –con una sanción máxima de 10 UIT– a la inobservancia de las obligaciones derivadas de las facilidades sindicales señaladas anteriormente (artículo 24.11), tanto las recogidas en sede legal como aquellas que pudieran estar previstas a nivel convencional. En otras palabras, en el caso de los permisos a los dirigentes sindicales, el incumplimiento empresarial se produce sea que las obligaciones tengan como fuente una norma heterónoma (en específico, la LRCT y/o su Reglamento), o bien cuando provengan de un convenio colectivo. En el caso de las facilidades sobre reuniones y comunicaciones sindicales, la infracción se produce respecto de las obligaciones que se encuentren reconocidas por convenio colectivo (ya que la normativa estatal expresamente no regula este tema) y en los términos que éste lo haga.

4. La solicitud de información económica y financiera

Ya dentro de la dimensión de la negociación colectiva, un derecho de singular relevancia en el funcionamiento del esquema de negociación colectiva, es el reconocido a los representantes de los trabajadores de solicitar al empleador información económica y financiera relativa a la empresa. El funcionamiento adecuado de la negociación depende en gran medida de que dichos representantes puedan ejercer este derecho (que, en buena cuenta, es una manifestación

---

[25] De acuerdo con Weil, *op. cit.*, p. 395, esta idea corresponde a uno de los principios estratégicos de la inspección laboral: la fijación de prioridades, mediante el cual la Administración del Trabajo «ordena» de peor a mejor los sectores y lugares de trabajo para, a partir de dicho orden, dirigir su atención prioritaria mediante la inspección.

del derecho de negociación de beuna fe) para la elaboración de su pliego de peticiones o proyecto de convenio colectivo. No debe perderse de vista que, idealmente, una negociación colectiva es un intento de los sujetos colectivos de elaborar una regulación de carácter económico en el ámbito correspondiente. En ese sentido, el derecho a la información para la negociación debería permitir que ella se desenvuelva bajo criterios objetivos y con pretensiones que correspondan a la verdadera situación económica-financiera del empleador[26].

Esta institución se encuentra regulada en los artículos 55° de la LRCT y 38° de su Reglamento, que establecen que, antes de la presentación del pliego de reclamos, les asiste a los representantes de los trabajadores el derecho de solicitar a sus empleadores la información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinente de la empresa. La información que se proporcione será determinada de común acuerdo entre las partes. Si no hubiese acuerdo, el MTPE precisará la información básica que debería ser facilitada.

Tal y como en el caso de las facilidades sindicales, la regulación de la LRCT no ha tipificado una sanción específica al empleador ante el incumplimiento de suministrar información en forma oportuna y completa. Todo esto generó, en algún momento, por un lado, la falta de interés de los representantes de los trabajadores en solicitar información; y de otro, la entrega incompleta o fuera de plazo por parte del empleador de la información que le es solicitada o, sencillamente, la negativa de éste de suministrarla a los representantes de los trabajadores. Esto permite establecer que, en gran parte de las negociaciones colectivas, los pliegos de reclamos son elaborados por la representación laboral sin contar con información adecuada.

Esto último se corrigió recién con la dación del RLGIT, cuyo artículo 24.9 establece que es infracción grave la negativa del empleador de suministrar información a los representantes de los trabajadores para negociar colectivamente, aplicándose sanciones de hasta 10 UIT. Debemos señalar que no estamos de acuerdo con la graduación asignada en la sanción de este incumplimiento, que creemos debería merecer la máxima sanción establecida por el RLGIT. No encontramos argumentos para sostener que el incumplimiento de la obligación de entregar información para la negociación colectiva, no sea contemplado como una infracción muy grave, pues afecta esencialmente al propio derecho a la negociación colectiva.

Por otro lado, consideramos que de la lectura del artículo 24.11 del RLGIT se desprende que el empleador incurrirá en esta infracción no solo cuando se niegue a suministrar información (usando, por ejemplo, indebidamente su derecho

---

[26] Boza Pró / Canessa Montejo, *op. cit.*, p. 215.

de veto), sino también cuando no la entregue en la oportunidad que corresponda o, de hacerlo, lo haga en forma incompleta. Esta interpretación no es intrascendente, dado que la regulación que mantiene la LRCT sobre el derecho a la información para la negociación presenta diversos problemas que permanecen hasta hoy irresolutos. Entre ellos destacan la falta de definición del tipo de documentación que debe de ser proporcionada a la sola solicitud por parte de los representantes de los trabajadores, o a la amplitud con la que ha concebido el derecho de veto otorgado al empleador (es decir, la facultad que se le otorga para negarse a suministrar la información cuya divulgación pudiera considerar perjudicial para los intereses de la empresa), todo lo cual nos lleva pensar que la modificación de la LRCT en los aspectos anotados es una asignatura pendiente.

5. La oposición al pliego de reclamos

Como es sabido el derecho de negociación conlleva la obligación de negociar para la parte empresarial, obligación que, además, tiene que ejecutarse de buena fe. Esto no supone, sin embargo, la imposición de una obligación de convenir, por lo que el empleador podría no llegar a un arreglo determinado con la contraparte laboral. Pero lo que sí se le exige al empleador, y también a la representación de los trabajadores, es que hagan los esfuerzos necesarios y razonables que estén a su alcance para arribar a un acuerdo. Una consecuencia lógica de la obligación de negociar es la obligatoriedad de la recepción del pliego de reclamos presentado por la parte laboral (artículo 54° de la LRCT). Sin este trámite no será posible dar inicio a la negociación directa entre las partes.

Sin embargo, dentro del procedimiento de negociación colectiva diseñado por la LRCT, resulta válida la oposición del empleador de recibir el pliego de reclamos cuando medie una causa legal o convencional objetivamente demostrable (piénsese, por ejemplo, en casos en los que un sindicato que no se encuentre legitimado pretenda negociar, o que un sindicato presente un pliego antes de la fecha en la que corresponda hacerlo). Ahora bien, esta oposición del empleador a negociar debe hacerse dentro del plazo de los diez días calendario que tiene el empleador para la instalación de la negociación directa (artículo 57° de la LRCT), ya que en caso contrario, es decir, si la oposición al pliego se produce con posterioridad a dicho plazo, esto pondría en evidencia la intención de dilación de la negociación y un comportamiento antisindical del empresario.

En el estado previo a la entrada en vigencia del RLGIT las oposiciones efectuadas por el empleador eran tramitadas ante el MTPE, careciendo la autoridad de algún procedimiento idóneo que permita resolver la controversia en un plazo apropiado. Esta regulación –o desregulación– propició un espacio de impunidad para aquellos empleadores que injustificadamente rechazaban iniciar la negociación con los sindicatos. Hoy la situación ha cambiado pues una

oposición al pliego de reclamos fuera del plazo podría ser calificada como una infracción muy grave, de acuerdo con el artículo 25.8 del RLGIT, correspondiendo la aplicación de multas que podrían alcanzar las 20 UIT. Esta norma ha venido así a darle contenido coercitivo a las normas declarativas de la LRCT y su Reglamento, referidas a la obligación de la recepción del pliego de reclamos.

6. La sanción de la práctica del esquirolaje

El esquirolaje es una modalidad de acto antisindical por el cual una empresa decide hacerse de los servicios temporales de trabajadores que le son externos para que sustituyan a los suyos mientras éstos se encuentren en huelga. Resulta evidente que esta práctica empresarial es contraria al derecho de huelga, y que su finalidad es restarle eficacia a la medida de fuerza. Por esa razón se encuentra expresamente prohibida en nuestro ordenamiento. Así, el artículo 70° del Reglamento de la LRCT establece que cuando la huelga sea declarada observando los requisitos legales de fondo y forma «el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga».

El reconocimiento de la huelga como derecho y su consecuente garantía suponen, más bien, la negación del «esquirolaje» como una práctica empresarial válida, ya que su aceptación significaría una afectación grave del derecho de huelga, a tal punto de vaciarlo de contenido. Por tanto, la contratación de esquiroles como acto antisindical justifica la intervención de la Autoridad de Trabajo a fin de que establezca las medidas correctoras correspondientes. En ese sentido, el artículo 25.9 del RLGIT, establece como infracción muy grave en materia de relaciones laborales la realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, entre ellos «la sustitución de trabajadores en huelga». Conforme al artículo 39° de la LGIT, dicha infracción será sancionada con una multa máxima de 20 UIT.

Ahora bien, el propio precepto anteriormente citado recuerda que la paralización no alcanza al personal que se requiera para los servicios de seguridad y mantenimiento de la empresa, así como al personal que debe garantizar la continuidad de los servicios mínimos en caso de huelgas que afecten servicios esenciales para la comunidad. Por tanto, ante el incumplimiento de esta disposición por parte de los trabajadores llamados a continuar prestando servicios, consideramos que el empleador quedaría habilitado para contratar personal de reemplazo, pero exclusivamente de los trabajadores infractores.

Cabe precisar, no obstante, que, atendiendo a su finalidad, debe darse a los denominados servicios de seguridad y mantenimiento un carácter necesariamente restrictivo. Es decir, deben responder, estrictamente, a garantizar la seguridad de las personas y las cosas, el mantenimiento de las instalaciones y

maquinarias de la empresa, así como permitir la reanudación inmediata de las actividades una vez finalizada la huelga, pero no podrían ser utilizados como una forma de neutralizar la medida de fuerza por parte del empleador. Una lógica similar debería guardar el establecimiento de los servicios mínimos en aquellas empresas o entidades que brinden servicios esenciales para la comunidad.

7. Sanciones contra la intermediación laboral fraudulenta con incidencia en la libertad sindical

Un tema en el que el RLGIT también ha incidido es la utilización de la intermediación laboral fraudulenta con la finalidad de afectar la libertad sindical del trabajador o de la organización de trabajadores (artículo 25.10). Como se sabe, la subcontratación de mano de obra (o intermediación) supone que una empresa, llamada «empresa de servicios», proporciona *trabajadores* a otra empresa en la que desarrollan directamente su actividad laboral. Esta última, a la que se denomina «empresa usuaria», tiene la potestad de dirigir y controlar las labores del personal destacado, pero el poder disciplinario lo mantiene la empresa de servicios. Esta configuración atípica ha llevado a sostener que dichos trabajadores tienen, en estricto, dos empleadores, uno formal (la empresa de servicios) y otro real (la empresa usuaria), no existiendo –por mandato de la ley– relación laboral entre el empleador real y los trabajadores destacados.

El artículo 5° de la Ley 27626, que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, establece una sanción clara y razonable para los supuestos de infracción a las normas de intermediación laboral. Según este artículo «en aplicación del principio de primacía de la realidad, se entiende que desde el inicio de la prestación de sus servicios los respectivos trabajadores han tenido contrato con la empresa usuaria»[27]. De esta manera, si una empresa recurre a la intermediación laboral, contraviniendo los supuestos y requisitos establecidos en la ley, el contrato celebrado entre la empresa usuaria y la empresa de servicios no surte efectos, pero esta

[27] El artículo 14° del Reglamento establece taxativamente cuáles son los casos de infracción a los supuestos de intermediación laboral: (i) «el exceso de los porcentajes limitativos establecidos para la intermediación de servicios temporales»; (ii) «la intermediación para servicios temporales distintos de los que pueden ser cubiertos por los contratos de naturaleza ocasional o de suplencia»; (iii) «la intermediación para labores distintas de las reguladas 11° y 12° de la Ley», y (iv) «la reiterancia (*sic.*) del incumplimiento regulado en el primer párrafo del artículo 13° del presente Reglamento» (contratar con una empresa de servicios que no está inscrita para operar como tal y/o no solicitar la constancia de inscripción vigente de dicha empresa).

consecuencia jurídica no puede desvirtuar la existencia de los servicios prestados por los trabajadores cedidos a la empresa usuaria por lo que es lógico que se atribuya a ésta el carácter de empleador de dichos trabajadores al haberse beneficiado con sus servicios.

La Ley 27626 consagra mecanismos de naturaleza preventiva (la fianza) y reparadora (la responsabilidad solidaria), cuya finalidad es garantizar adecuadamente los derechos laborales de los trabajadores destacados. Como se sabe, en la práctica es usual que los trabajadores cedidos sean trabajadores precarios; es decir, que no gocen efectivamente de todos los derechos y beneficios laborales que nuestra legislación les reconoce.

En forma complementaria, la inspección laboral concurre como un mecanismo de prevención contra la aplicación fraudulenta de la intermediación. Es así que la Directiva emitida por la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo (revisada en el punto 2 de este apartado) establece una serie de aspectos específicos que los inspectores deben verificar en las empresas de intermediación laboral. Entre ellos destacan la verificación del registro de la empresa de intermediación laboral y el contenido de las actividades autorizadas; el contrato suscrito entre la empresa usuaria y la empresa de intermediación laboral; la determinación de las actividades complementarias (que son las que en principio se pueden intermediar); a relación porcentual de trabajadores de la empresa usuaria y el personal destacado por la empresa de intermediación laboral; así como una serie de indicios de laboralidad que apuntan a establecer la existencia de relaciones de trabajo entre los trabajadores de la empresa de servicios y la empresa usuaria.

III. INSPECCIÓN LABORAL Y DERECHOS COLECTIVOS: ¿UNA AGENDA RENOVADA PARA EL FORTALECIMIENTO DE LOS SINDICATOS EN EL PAÍS?

Hasta aquí hemos desarrollado una de las principales funciones tradicionales de la Administración del Trabajo plasmada en la inspección del cumplimiento de las normas que regulan las relaciones laborales del país. Sin embargo, en años recientes la inspección laboral ha tenido una evolución que ha supuesto un cambio de enfoque, dirigido hacia la prevención frente al incumplimiento de dichas normas y educación acerca de cómo deben cumplirse las obligaciones a las que está obligado el empleador.

Es desde mediados de la década de 1990 que se sostiene esta función de la inspección laboral, calificada como «pedagógica» ante los actores sociales[28], y

[28] Tokman / Martínez, *op. cit.*, pp. 20 y 21.

que se presenta como complementaria de la fiscalizadora. Esta corriente ha llevado a una situación actual en la que «en la mayoría de países en los que el mandato de los servicios de inspección abarca las relaciones laborales, la inspección [...] tiene atribuidas, entre otras, la labor de familiarizar a los empleadores y a los trabajadores con la legislación laboral y de evitar los conflictos»[29].

En realidad, lo que existe detrás de esta concepción «educativa» de la fiscalización podría ser entendido como un sutil «retroceso» de la Administración del Trabajo, donde la inspección laboral pasa por un ejercicio selectivo de sus competencias y funciones, reforzando su dimensión técnica de actuación[30]. Todo esto, sin duda, guarda sintonía con la necesidad proclamada por diversos Ministerios de Trabajo de incentivar un determinado comportamiento de los empleadores, fomentando lo que se ha venido a denominar una «cultura de cumplimiento», y ya no tanto por el miedo a las sanciones administrativas.

La LGIT contempla en su artículo 3.2 esta función de la inspección laboral, que la propia norma denomina como «de orientación y asistencia técnica». En general, sobre esta labor se ha anotado con acierto que «con independencia de cómo se lleve a cabo, el principal objetivo de esta función inspectora es el poner a disposición de empresarios y trabajadores un servicio gratuito de información y asesoramiento, mediante el cual poder instruirles sobre sus respectivos derechos y obligaciones»[31]. Creemos, sin embargo, esta concepción educativa o pedagógica no debería amparar una cultura de la impunidad, donde lo que prevalece es el incumplimiento por el incumplimiento mismo, y no por falta de información o conocimiento de las obligaciones laborales, de seguridad y salud en el trabajo, de seguridad social, entre otras, que, en definitiva, los empleadores deber observar.

En el caso de los derechos colectivos, esta función se concreta con la información que es puesta al alcance de trabajadores y sus representantes (para prevenirlos del alcance de la libertad sindical de organización y/o de actividad, según sea el caso) y de los empleadores (previniéndolos de cometer infracciones administrativas relacionadas con la libertad sindical). Así, un sindicato puede dirigirse directamente al servicio de inspección laboral con el objeto de solicitar su intervención para que aclare algún punto controvertido en la aplicación de un derecho laboral. El problema es que no existen estadísticas que distingan en cuántos casos los sindicatos han hecho uso de esta función orientadora durante

---

29 Von Richthofen, *op. cit.*, p. 146.

30 Palomeque López, Manuel, «El nuevo espacio funcional de la Inspección del Trabajo: reflexiones críticas», en *Derecho y razón crítica*, Varona, Salamanca, 2004, p. 381.

31 Blasco Pellicer, Ángel / García Rubio, Ma. Amparo, *Curso de Derecho Administrativo Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 61.

los casi tres años de vigencia que la norma tiene[32], aunque puede pensarse que esta función podría ser mucho más viable en el futuro de lo que es hoy, con sindicatos fortalecidos.

Es posible que la asistencia técnica pueda percibirse como un modo de intervención «blanda» de de la Administración del Trabajo en el ámbito de las relaciones laborales –y de hecho lo es–, pero no por ello se pierde la función fiscalizadora que forma parte de su esencia y que, lógicamente, dependiendo de lo que se pueda constatar en cada oportunidad, podría activar el sistema sancionatorio. Porque, en definitiva, «la combinación adecuada de pedagogía, orientación y sanción procura un clima favorable en toda empresa para propiciar el cambio, lo que permite cumplir con los requisitos legales y favorecer un diálogo productivo entre las empresas y los inspectores»[33]. En ese sentido, la importancia de la función de «asistencia técnica» en la protección de los derechos colectivos resulta más amplia que la obvia función pedagógica, pudiendo convertirse en una útil herramienta de disuasión para que el empleador no incurra en comportamientos antisindicales.

En el panorama actual el debilitamiento de los sindicatos sumado a un contexto complejo de organización de las empresas implica un gran reto para la inspección del trabajo, desde que las organizaciones de trabajadores fungen de aliados de los inspectores[34]. De cualquier modo, la evolución virtuosa de las relaciones colectivas de trabajo hacia un fortalecimiento del sistema democrático con actores sociales dialogantes trae tras de sí a la reducción programada de la intervención de la Administración del Trabajo en las relaciones laborales, explorándose nuevos espacios funcionales de actuación. Así lo entiende Palomeque López[35] para quien la definición del Estado social y Democrático de Derecho guarda en sí mismo el fundamento de este replanteamiento de la función de la inspección laboral.

El cambio de enfoque señalado implica mayores niveles de desarrollo de la libertad sindical, en un contexto donde los sindicatos se vean fortalecidos y «la autotutela colectiva de la clase trabajadora desplazará así, en la defensa de sus particulares intereses, a la intervención tuitiva estatal»[36]. De esta manera la inspección laboral y la actividad de las organizaciones de trabajadores pueden

---

[32] De acuerdo con García Granara, *op. cit.*, p. 307, en 2007 a nivel nacional hubieron 18,804 órdenes de inspección, mientras que en 2008 ese número decreció a 14,431.

[33] Vega Ruiz, *op. cit.*, p. 12.

[34] Weil, *op. cit.*, p. 389.

[35] *Op. cit.*, p. 373.

[36] Palomeque López, *op. cit.*, p. 381.

aportar esfuerzos complementarios y coordinados en la defensa de la libertad sindical con vista a un reforzamiento del sistema de relaciones colectivas de trabajo[37].

Como quiera que en el sistema de relaciones colectivas de trabajo en Perú se encuentre inmerso en un lento proceso de afianzamiento no parece oportuno plantear la sustitución total ni parcial de la función de control. Más bien la sinergia de las diversas funciones de la inspección laboral podrían obtener resultados más aceptables de cara a una vigencia amplia del derecho de libertad sindical.

Cuadro analítico: Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y sanciones en el Reglamento de la Ley General de inspección del Trabajo

Derecho	TUO de la LRCT y su Reglamento **"Supuesto de hecho"**	Reglamento de la LGIT **"Consecuencia jurídica"**
I. La libertad sindical **Parte genérica**	**Artículo 2°.-** El Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicación, sin autorización previa, para el estudio, desarrollo, protección y defensa de sus derechos e intereses y el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros. **Artículo 3°.-** La afiliación es libre y voluntaria. No puede condicionarse el empleo de un trabajador a la afiliación, no afiliación o desafiliación, obligársele a formar parte de un sindicato, ni impedírsele hacerlo. **Artículo 4°.-** El Estado, los empleadores y los representantes de	**Artículo 25°.- Infracciones muy graves en materia de relaciones laborales** Son infracciones muy graves, los siguientes incumplimientos: (...) 25.10 La realización de actos que afecten la libertad sindical del trabajador o de la organización de trabajadores, tales como aquellos que impiden la libre afiliación a una organización sindical, promuevan la desafiliación de la misma, impidan la constitución de sindicatos, obstaculicen a la representación

[37] En la misma línea opina ERMIDA URIARTE, *op. cit.*, p. 326, quien sostiene que el mecanismo disuasivo más eficaz para prevenir que se consume un acto de agresión al activista sindical es la existencia de un movimiento sindical poderoso y representativo, aunque ello no descarte ni haga inútil la instauración de mecanismos especiales que produzcan el mismo resultado. Un ejemplo del nivel avanzado a que puede llegar esta coordinación lo aportan países como Finlandia, donde la principal función de la inspección laboral es la de fiscalizar la situación de los trabajadores que no están cubiertos por los convenios colectivos o quienes no están amparados por sindicatos (VON RICHTHOFEN, *op. cit.*, pp.147-148).

	uno y otros deberán abstenerse de toda clase de actos que tiendan a coactar, restringir o menoscabar, en cualquier forma, el derecho de sindicalización de los trabajadores, y de intervenir en modo alguno en la creación, administración o sostenimiento de las organizaciones sindicales que éstos constituyen.	sindical, utilicen contratos de trabajo sujetos a modalidad para afectar la libertad sindical, la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de huelga, o supuestos de intermediación laboral fraudulenta, o cualquier otro acto de interferencia en la organización de sindicatos.
I. La libertad sindical **Extensión del ámbito subjetivo de protección frente a la discriminación antisindical**	**Artículo 31°.-** Están amparados por el fuero sindical: a. Los miembros de los sindicatos en formación, desde la presentación de la solicitud de registro y hasta tres (3) meses después. b. Los miembros de la junta directiva de los sindicatos, federaciones y confederaciones, así como los delegados de las secciones sindicales. En el marco de la negociación colectiva se podrá ampliar el ámbito de protección del fuero sindical. El estatuto señalará qué cargos comprende la protección. c. Los delegados a que se refiere el artículo 15 y los representantes a que se refiere el artículo 47 de la presente norma. d. Los candidatos a dirigentes o delegados, treinta (30) días calendario antes de la realización del proceso electoral y hasta treinta (30) días calendario después de concluido éste. e. Los miembros de la comisión negociadora de un pliego petitorio, hasta tres (3) meses después de concluido el procedimiento respectivo. Las partes podrán establecer en la convención colectiva el número de dirigentes amparados. A falta de acuerdo los dirigentes amparados en sindicatos de primer grado, no excederán de tres (3) dirigentes si el sindicato tiene hasta cincuenta (50) afiliados, agregándose un (1) dirigente por cada cincuenta (50) afiliados adicionales, hasta un máximo de doce	**Artículo 25°.- Infracciones muy graves en materia de relaciones laborales** Son infracciones muy graves, los siguientes incumplimientos: (...) 25.11 La trasgresión a las garantías reconocidas a los trabajadores de sindicatos en formación, a los candidatos a dirigentes sindicales y a los miembros de comisiones negociadoras. 25.12 La discriminación de un trabajador por el libre ejercicio de su actividad sindical, esté contratado a plazo indeterminado, sujeto a modalidad, a tiempo parcial, u otros. (...)

	(12) dirigentes. En las federaciones dos (2) dirigentes multiplicados por el número de sindicatos afiliados, no pudiendo sobrepasar en cualquier caso de quince (15) dirigentes ni comprender más de un (1) dirigente por empresa. En la Confederación hasta dos (2) dirigentes multiplicados por el número de federaciones afiliadas, no pudiendo sobrepasar en cualquier caso de veinte (20), ni comprender más de un (1) dirigente por empresa. Mediante convención colectiva se podrá fijar un número mayor de dirigentes amparados por el fuero sindical. No podrá establecerse ni modificarse el número de dirigentes amparados por el fuero sindical por acto o norma administrativa. Concordancia: Reglamento LRCT (Arts.. 21 y ss.).	
I. La libertad sindical **Protección de las cuotas sindicales**	**Artículo 28°.-** El empleador, a pedido del sindicato y con la autorización escrita del trabajador sindicalizado, está obligado a deducir de las remuneraciones las cuotas sindicales legales, ordinarias y extraordinarias, en este último caso, cuando sean comunes a todos los afiliados. Similar obligación rige respecto de aquellas contribuciones destinadas a la constitución y fomento de las cooperativas formadas por los trabajadores sindicalizados.	**Artículo 24°.- Infracciones graves en materia de relaciones laborales** Son infracciones graves, los siguientes incumplimientos: (...) 24.10 El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con el descuento y la entrega de cuotas sindicales y contribuciones destinadas a la constitución y fomento de las cooperativas formadas por los trabajadores sindicalizados.
I. La libertad sindical **Facilidades sindicales**	**Artículo 32°.-** La convención colectiva contendrá las estipulaciones tendientes a facilitar las actividades sindicales en lo relativo a reuniones, comunicaciones, permisos y licencias. A falta de convención, el empleador sólo está obligado a conceder permiso para la asistencia a actos de concurrencia obligatoria a los dirigentes que el Reglamento señale, hasta un límite de treinta (30) días naturales por año calendario, por dirigente; el exceso será considerado como licencia sin goce de remuneraciones y demás beneficios. Este límite no será aplicable cuando	**Artículo 24°.- Infracciones graves en materia de relaciones laborales** Son infracciones graves, los siguientes incumplimientos: (...) 24.11 El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con el otorgamiento de facilidades para el ejercicio de la actividad sindical.

	en el centro de trabajo exista costumbre o convenio colectivo más favorable. El tiempo que dentro de la jornada ordinaria de trabajo abarquen los permisos y licencias remuneradas, destinados a facilitar las actividades sindicales se entenderán trabajados para todos los efectos legales hasta el límite establecido en la convención colectiva. No podrán otorgarse ni modificarse permisos ni licencias sindicales por acto o norma administrativa.	
II. Negociación colectiva **La solicitud de información**	**Artículo 55°.-** A petición de los representantes de los trabajadores, los empleadores deberán proporcionar la información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinente de la empresa, en la medida en que la entrega de tal información no sea perjudicial para ésta. La información que ha de proporcionarse será determinada de común acuerdo entre las partes. De no haber acuerdo, la Autoridad de Trabajo precisará la información básica que deba ser facilitada para el mejor resultado de las negociaciones. Los trabajadores, sus representantes y asesores deberán guardar reserva absoluta sobre la información recibida, bajo apercibimiento de suspensión del derecho de información, sin perjuicio de las medidas disciplinarias y acciones legales a que hubiere lugar. Concordancia: Reglamento LRCT (art. 38).	**Artículo 24°.- Infracciones graves en materia de relaciones laborales** Son infracciones graves, los siguientes incumplimientos: (...) 24.9 El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la entrega a los representantes de los trabajadores de información sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinente de la empresa, durante el procedimiento de negociación colectiva.
II. Negociación colectiva **Oposición al pliego de reclamos**	**Artículo 54°.-** Es obligatoria la recepción del pliego, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable. Las partes están obligadas a negociar de buena fe y a abstenerse de toda acción que pueda resultar lesiva a la contraria, sin menoscabo del derecho de huelga legítimamente ejercitado.	**Artículo 25°.- Infracciones muy graves en materia de relaciones laborales** Son infracciones muy graves, los siguientes incumplimientos: (...) 25.8 La negativa a recibir el pliego de reclamos, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable que justifique tal negativa.
III. Desarrollo de la huelga	**Reglamento LRCT** **Artículo 70°.-** Cuando la huelga sea	**Artículo 25°.- Infracciones muy graves en materia de relaciones**

Prohibición del esquirolaje	declarada observando los requisitos legales de fondo y forma establecidos por la Ley, todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito, deberán abstenerse de laborar, y por lo tanto, el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga. La abstención no alcanza al personal indispensable para la empresa a que se refiere el Artículo 78o. de la Ley, al personal de dirección y de confianza, debidamente calificado de conformidad con el Decreto Legislativo Nº 728, así como el personal de los servicios públicos esenciales que debe garantizar la continuidad de servicio.	**laborales** Son infracciones muy graves, los siguientes incumplimientos: (...) 25.9 La realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta a través de indeterminación laboral.

EL DEBER DE MOTIVACIÓN DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE TRABAJO EN MATERIA INSPECTIVA

César Puntriano Rosas[1]

1. INTRODUCCIÓN

Las diversas transformaciones económicas, sociales y técnicas que han afectado no sólo a los países individualmente considerados sino adicionalmente al mundo del trabajo en conjunto, en particular a raíz de la mundialización de la economía y la consiguiente apertura de mercados, generaron durante la transición al tercer milenio interrogantes sobre la oportunidad de reflexionar respecto a un posible cambio de orientación en la distribución de las competencias y responsabilidades en materia de inspección de trabajo, teniendo en consideración factores como el aumento de la diversidad de la mano de obra, y la necesidad de tomar medidas para prevenir la discriminación[2].

---

[1] Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

[2] Organización Internacional del Trabajo. Inspección del Trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª Reunión 2006. Informe III (Parte 1B). Estudio general relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81), y al Protocolo de 1995 relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947, a la Recomendación sobre la inspección del trabajo (minas y transporte), 1947 (núm. 82), al Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129), y a la Recomendación sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 133). Fuente: http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-iii-1b.pdf.

Así, en los países en vías de desarrollo como el nuestro, el objetivo principal sigue siendo la instauración y el funcionamiento, en colaboración con los interlocutores sociales, de un sistema de inspección del trabajo que se ciña a las grandes líneas y principios afirmados en las normas y directrices de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Siguiendo la referida tendencia señalada por la OIT, el 22 de julio de 2006, fue publicada la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo (en adelante «La Ley»), norma que tiene por objeto regular el Sistema de Inspección del Trabajo, su composición, estructura orgánica, facultades y competencias, de conformidad con el Convenio N° 81 de la Organización Internacional del Trabajo[3]. Esta norma fue reglamentada por Decreto Supremo N° 019-2006-TR, publicado el 29 de octubre de 2006.

El Sistema de Inspección del Trabajo, según lo establece la Ley, es un sistema único, polivalente e integrado a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, constituido por el conjunto de normas, órganos, servidores públicos y medios que contribuyen al adecuado cumplimiento de la normativa laboral, de prevención de riesgos laborales, colocación, empleo, trabajo infantil, promoción del empleo y formación para el trabajo, seguridad social, migración y trabajo de extranjeros, y cuantas otras materias le sean atribuidas. Añade la norma que la Inspección del Trabajo es un servicio público encargado de vigilar el cumplimiento de la normatividad socio laboral y de seguridad social, de exigir responsabilidades administrativas que procedan y orientar y asesorar técnicamente.

En suma, la Inspección del Trabajo tiene como eje central la verificación por parte de los empleadores del cumplimiento de sus obligaciones como tales, en tanto subordinan a personas a cambio de una remuneración. Se busca «proteger a los trabajadores en el ejercicio de su profesión».

Ahora bien los pronunciamientos que la Autoridad Administrativa de Trabajo (en adelante «AAT») emita en el marco de la verificación del cumplimiento de la normatividad socio laboral y de seguridad social que realicen los inspectores de trabajo[4] no suponen el ejercicio de un poder omnímodo, en la medida que los derechos constitucionales de los empleadores actúan como límite al mismo.

En efecto, el derecho al debido proceso en sede administrativa, o debido procedimiento, tanto en sus vertientes sustantiva y procesal se erige como un

---

[3] Convenio ratificado por el Perú el 1° de febrero de 1960.

[4] Nuestra legislación señala que existen tres niveles en los servidores denominados inspectores de trabajo: Inspectores auxiliares, inspectores y supervisores. Cuando en este trabajo nos refiramos a los inspectores de trabajo comprendemos a las tres categorías indicadas.

límite a ser respetado por la AAT en sus pronunciamientos. En el presente trabajo sustentaremos esta afirmación a partir de la normatividad constitucional, legal así como la posición del Tribunal Constitucional (en adelante «TC»), supremo intérprete de nuestra Constitución Política, al respecto.

2. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMANADOS DE LA AUTORIDAD LABORAL EN MATERIA INSPECTIVA

Según lo afirma GUZMÁN[5], se define doctrinariamente como Acto Administrativo a aquella decisión general o especial que, en ejercicio de sus funciones, emite unilateralmente la autoridad administrativa, y que afecta a derechos, deberes e intereses de particulares o de entidades públicas.

La Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, cuya aplicación a las actuaciones de inspección del trabajo se efectúa por remisión expresa de las disposiciones contenidas en la Ley o el Reglamento, y de aplicación supletoria sin necesidad de aquella remisión al procedimiento sancionador en materia inspectiva, dispone en su artículo 1.1 que constituyen actos administrativos, «las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta».

En esa medida, cualquier pronunciamiento de la AAT en el curso de un procedimiento inspectivo que produzca efectos jurídicos sobre intereses, obligaciones o derechos, tanto de empleadores como trabajadores calificará como un Acto Administrativo.

El procedimiento inspectivo de acuerdo a nuestra legislación supone la realización de actuaciones de la inspección del trabajo, entendidas como diligencias previas al procedimiento sancionador en materia socio laboral. Si bien en ambas etapas pueden emitirse actos administrativos por parte de la AAT, resulta fundamental el respeto del debido proceso en el procedimiento sancionador a través de la motivación de las resoluciones de la AAT en tanto se impondrán sanciones a los empleadores.

Las actuaciones de de la Inspección del Trabajo pueden iniciarse por orden de las autoridades competentes del Ministerio de Trabajo, a solicitud fundamentada de cualquier otro órgano del Sector Público o cualquier otro órgano jurisdiccional, por decisión interna del Sistema de Inspección del Trabajo, por iniciativa de los inspectores de trabajo, y, a petición de los empleadores y trabajadores; así como, de las organizaciones sindicales.

---

[5] GUZMÁN NAPURI, Christian, *La Administración Pública y el Procedimiento Administrativo General*, Página Blanca, Lima, 2004, p. 157.

Dichas actuaciones se clasifican en actuaciones de investigación o comprobatorias (verificación del cumplimiento de obligaciones sociolaborales o de seguridad social) y actuaciones de consulta o asesoramiento técnico, siendo las primeras las que pueden derivar en el inicio de un procedimiento sancionador en tanto se detecten incumplimientos a la normatividad objeto de verificación por parte de los empleadores[6]. Las actuaciones de investigación pueden efectuarse a través de la visita inspectiva al centro de labores, la comparecencia del empleador en las oficinas de los inspectores laborales o de la verificación por parte de la AAT de datos del empleador o sus trabajadores archivados en cualquier entidad como la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), Ministerios, Organismos reguladores, entre otros.

El inspector de trabajo, a fin de llevar a cabo la actuación de investigación podrá (i) ingresar libremente a cualquier hora del día o de la noche, y sin previo aviso, en todo centro de trabajo[7], haciéndose acompañar en las visitas por los trabajadores, sus representantes, por lo peritos y/o técnicos designados, (ii) obtener copias y extractos de los documentos que ha revisado, (iii) tomar o sacar muestras de sustancias y materiales utilizados o manipulados en el centro de trabajo, realizar mediciones, obtener fotografías, vídeos, grabación de imágenes, levantar croquis y planos, para lo cual deberá notificar al empleador o a su representante de forma previa; (iv) examinar todos los documentos de la empresa, tales como: los libros contables, registros, programas informáticos y archivos en soporte magnético, declaraciones oficiales y contabilidad, documentos del Seguro Social; planillas y boletas de pago de remuneraciones; documentos exigidos en la normativa de prevención de riesgos laborales; declaración jurada del Impuesto a la Renta y cualquier otro, siempre que se encuentre relacionado con las materias sujetas a inspección.

Una vez finalizada la diligencia inspectiva, los inspectores podrán, (i) aconsejar y recomendar al empleador el mejor cumplimiento de la normatividad, (ii) advertir al empleador sobre la infracción detectada sin proponer sanciones si es que no se derivan perjuicios directos a los trabajadores, (iii) requerir al empleador para que en un determinado plazo adopte medidas correctivas de la conducta infractora detectada, (iv) requerir al empleador infractor para que modifique sus

---

[6] Las actuaciones de consulta o asesoramiento son diligencias que realiza la Inspección de Trabajo de oficio o a pedido de empleadores o trabajadores para asesorarles sobre el mejor cumplimiento de las normas sociolaborales vigentes.

[7] Si el centro laboral, sometido a inspección coincide con el domicilio de la persona física afectada, deberá obtener su expreso consentimiento o en su defecto autorización judicial.

instalaciones con la finalidad de cautelar la seguridad e higiene ocupacional de su personal, (v) iniciar el procedimiento sancionador emitiendo el acta de infracción respectiva, (vi) ordenar la paralización o prohibición de los trabajos de concurrir riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores, entre otras medidas.

Los pronunciamientos que contengan las medidas dispuestas por los inspectores, en tanto son actos administrativos, deberán poseer una adecuada motivación como lo desarrollaremos en los numerales siguientes, no debiéndose esta exigencia limitar a las Actas de Infracción que constituyen el inicio del procedimiento administrativo sancionador, ni mucho menos a las resoluciones que imponen las multas.

Las Actas de Infracción deberán contener los hechos constatados por el inspector laboral, la calificación de la infracción, la graduación de la misma y la propuesta de la multa, y la determinación de los responsables solidarios, si los hubiera, entre otros. Advertimos que esta exigencia de contenido mínimo de las actas, contenida en los artículos 46° de la Ley y 54° del Reglamento, constituye una garantía del debido procedimiento en sede administrativas.

Finalmente, luego de presentados los descargos por parte de los empleadores (ejercicio del derecho de defensa) respecto a lo señalado en las Actas de Infracción, la AAT emitirá una resolución que les impone una o varias multas o alternativamente dispondrá el cierre del procedimiento inspectivo. Según el artículo 48° de la Ley, esta resolución debe estar fundamentada, «precisándose el motivo de la sanción, la norma legal o convencional incumplida y los trabajadores afectados».

3. LA EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LA AAT EN EL CURSO DE UNA ACTUACIÓN INSPECTIVA COMO MANIFESTACIÓN DEL DEBIDO PROCESO EN SEDE ADMINISTRATIVA

3.1. Aspectos conceptuales y normativos

El debido proceso, derecho fundamental que posee toda persona natural o jurídica, y en el caso de los actos administrativos emitidos por la AAT, el empleador, puede ser estudiado desde dos aristas, el debido proceso sustantivo y el debido proceso adjetivo.

La faz sustantiva del debido proceso, según lo entiende la doctrina, exige que todos los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales, inclusive, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, al

punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez[8].

Añade ESPINOSA[9] que, el debido proceso sustantivo exige que los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales sean justos, es decir, que la decisión que se tome no sea arbitraria sino que por el contrario se ajuste al derecho.

Sobre el particular, el Código Procesal Constitucional, a propósito del amparo contra resoluciones judiciales, contempla en el artículo 4° al debido proceso sustantivo y lo define como aquella situación jurídica de una persona en la que se respeta su derecho a obtener una resolución fundada en derecho.

Podemos afirmar que, una manifestación de este debido proceso en sede administrativa o debido procedimiento administrativo es el deber de la autoridad de motivar sus pronunciamientos o actos administrativos. Las resoluciones de la AAT «no deben ser arbitrarias, no deben ser absurdas, es decir, no deben ser producto de un razonamiento viciado de modo que lleven a conclusiones desacertadas»[10]. El derecho a la debida motivación implica que la resolución de la autoridad deba ser producto de un razonamiento lógico, basado en el derecho vigente, y que detalle con claridad y precisión los hechos constatados que la llevaron a emitir el pronunciamiento, así como los sustentos jurídicos del mismo.

La faz procesal del debido proceso, o debido proceso adjetivo, es entendida como un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho –incluyendo el Estado– que pretenda hacer uso abusivo de éstos. Este uso abusivo, sin duda se generará cuando la AAT no motive sus resoluciones.

Comprende a su vez, al derecho al proceso y derecho en el proceso, donde:

a) **El derecho al proceso**, es el relativo a que todo sujeto de derecho debe tener la posibilidad de acceder a un proceso o procedimiento con la finalidad de que el órgano competente se pronuncie sobre su pretensión y le brinde una tutela efectiva[11] y diferenciada[12]. Además, exige que

---

8 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*, ARA Editores, Lima, 2001, p. 207.

9 Véase, ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy, *Jurisdicción Constitucional, impartición de justicia y debido proceso*, ARA Editores, Lima, 2003.

10 *Ibid.*, p. 162.

11 Por efectividad nos referimos al derecho que tiene todo sujeto de derecho a que el órgano competente, encargado de pronunciarse sobre su pretensión, dicte oportunamente las medidas necesarias para asegurar la eficacia o ejecución de las decisiones que se emitan y lograr que estas se cumplan.

ningún sujeto de derecho sea afectado o sancionado si es que antes no se inició el proceso o procedimiento correspondiente, garantizando su intervención o participación; por lo tanto, implica también que ningún sujeto de derechos pueda ser sorprendido o afectado, con los resultados de un proceso o procedimiento que no conoció o que no estuvo en aptitud de conocer. De vulnerarse este derecho, la decisión que se emita será nula; y

b) **El derecho en el proceso,** implica que todo sujeto de derecho que participe en un proceso o en un procedimiento, cuente con un conjunto de derechos esenciales durante su inicio, tramitación y conclusión, incluyendo el respeto por las formas esenciales del procedimiento previamente establecido.

El derecho en el proceso supone que el empleador sea notificado adecuada y oportunamente con resoluciones emitidas en el curso del procedimiento inspectivo, las que deberán encontrarse debidamente motivadas

El Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139.° de la Constitución no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, «judicial», sino también una «administrativa» y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, se extiende a «cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, (la que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8° de la Convención Americana» (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71). Añade el TC que, «es así como también la Corte Interamericana sostiene que «si bien el artículo 8° de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos»(párrafo 69). «(...) Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. (Párrafo 71) [La Corte ha insistido en estos postulados en los Casos Baena Ricardo, del 2 de febrero de 2001 (Párrafos 124-127), e Ivcher Bronstein, del 6 de febrero de 2001 (Párrafo 105)]».

---

[12] Nos referimos al derecho que tiene todo sujeto de derecho para que dicho órgano le brinde una tutela que resulte adecuada para solucionar o prevenir en forma real y oportuna los diferentes tipos de conflictos o incertidumbres jurídicas que se le sometan a su conocimiento.

En suma, sostiene el TC, «el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo –como en el caso de autos–, o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal».

Vemos pues la importancia, para el Supremo Intérprete de nuestra Constitución, de que la autoridad administrativa, en este caso laboral, cautele el debido proceso de los administrados en el curso del procedimiento inspectivo. Recordemos que nuestra Constitución en su artículo 139-3 consagra al debido proceso como derecho constitucional.

A nivel normativo, la propia Ley General de Inspección del Trabajo en su artículo 44°, recoge como uno de los Principios del procedimiento administrativo sancionador es el de la observación del debido proceso, según el cual, las partes tienen el derecho de obtener una decisión por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo debidamente fundada en hechos y en derecho. Esta exigencia a la AAT de emitir una decisión debidamente fundamentada no es otra cosa que el reconocimiento del deber de motivación de los pronunciamientos de la autoridad laboral recaídos en la etapa sancionadora del proceso inspectivo.

Gonzáles[13] afirma con acierto que, según este principio, «se garantiza a las partes participantes del procedimiento, la salvaguarda a sus derechos de defensa, ofrecimiento de pruebas, así como el que la administración otorgue una respuesta debidamente fundamentada (...)».

Por otro lado, la Ley del Procedimiento Administrativo General contempla como requisito general de validez de los actos administrativos, en el numeral 4) de su artículo 3° que «el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico». Esta disposición debe leerse conjuntamente con el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de dicha ley, en el que se señala que «Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende (...) obtener una decisión motivada y fundamentada en derecho (...)».

La motivación del acto administrativo, el numeral 6.1 del artículo 6° de la norma citada, «deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de

---

[13] Gonzáles Hunt, César, «Principios General del Procedimiento», en AA.V.V., *Comentarios a la Ley General de Inspección del Trabajo*, Gaceta Jurídica, Lima, Junio 2008, p. 294.

los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado». En este sentido, debe entenderse a la motivación como la obligación por parte de la Autoridad Administrativa, de argumentar la orientación de los actos administrativos, mecanismo necesario para permitir apreciar su grado de legitimidad y limitar el ejercicio de la arbitrariedad en la actuación pública.

Sobre el derecho de obtener una decisión motivada y fundada en derecho, MORÓN[14] afirma que, «(...) consiste en el derecho que tienen los administrados a que las decisiones de las autoridades respecto a sus intereses y derechos hagan expresa consideración de los principales argumentos jurídicos y de hecho, así como de las cuestiones propuestas por ellos en tanto hubiesen sido pertinentes a la solución del caso».

Asimismo, el numeral 6.3 del artículo 6° de la Ley 27444 a la letra dice que: «6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto».

En consecuencia, la motivación clara y precisa así como la expedición de una resolución fundada en derecho será fundamental para cautelar los derechos de los administrados, pudiendo éstos impugnar aquellos actos que no cumplan con esta exigencia legal a efectos que los mismos sean declarados nulos o revocados por la autoridad competente.

Complementando lo anterior, el artículo 10° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, dispone que, sean nulos aquellos actos administrativos que carezcan de motivación. En el procedimiento de inspección del trabajo, el empleador podrá objetar los actos indebidamente motivados a partir de los recursos correspondientes.

3.2. La posición del Tribunal Constitucional en relación a la motivación de los pronunciamientos de la AAT

El Tribunal Constitucional ha reconocido al derecho a un debido proceso en sede administrativa tanto en su aspecto adjetivo y sustantivo, en reiterados pronunciamientos, tal y como el recaído en el Expediente N° 3075-2006-PA/TC, en cuyo fundamento Cuarto se ha señalado que,

> «Como este Colegiado ha tenido oportunidad de señalar mediante uniforme y reiterada jurisprudencia, el debido proceso es un derecho fundamental

---

[14] MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 66.

de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el *administrativo*, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, *de un debido proceso administrativo*, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo, y como ha sido puesto de relieve en innumerables ocasiones, las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, *motivación resolutoria*, instancia plural, cosa juzgada, etc,) sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas». (cursiva nuestra).

En el pronunciamiento recaído en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC, proceso de amparo seguido por Gonzalo Antonio Costa Gómez contra el alcalde de la Municipalidad Provincial de Tumbes, el Tribunal Constitucional señaló que la motivación de las decisiones administrativas es un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático que se define en los artículos 3° y 43° de la Constitución, «como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario». «En el Estado Constitucional Democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso».

Añade el TC en el Fundamento N° 31 de su sentencia que «(...) la motivación debe otorgar seguridad jurídica al administrado y permitir al revisor apreciar la certeza jurídica de la autoridad que decide el procedimiento; para ello no se debe utilizar las citas legales abiertas, que sólo hacen referencia a normas en

conjunto como reglamentos o leyes, pero sin concretar qué disposición ampara la argumentación o análisis de la autoridad (...)».

En la sentencia correspondiente al Expediente N.° 090-2004-AA/TC proceso de amparo seguido por Juan Carlos Callegari Herazo contra el Ministerio de Defensa, el Tribunal expresó que: «(...) el deber de motivar las decisiones administrativas alcanza especial relevancia cuando en las mismas se contienen sanciones». En la medida que una sanción administrativa supone la afectación de derechos, su motivación no sólo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, a efectos de que éste pueda hacer valer los recursos de impugnación que la legislación prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador. De otro lado, tratándose de un acto de esta naturaleza, la motivación permite a la Administración poner en evidencia que su actuación no es arbitraria sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable del derecho y su sistema de fuentes.

Este pronunciamiento ratifica nuestra tesis en el sentido que no solamente las resoluciones emanadas en un procedimiento administrativo sancionador deben encontrarse adecuadamente motivadas, sino todas aquella que se emitan en el procedimiento inspectivo laboral.

En la resolución recaída en el Expediente N° 0990-2007-PA/TC, proceso de amparo seguido por Carlos Cavalier Villafranqui contra la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador (CBSSP), el TC sostuvo en el fundamento 6 que, «el inciso 1.2) del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.° 27444, del Procedimiento Administrativo General, establece el derecho de los administrados de una adecuada motivación en las resoluciones administrativas. Ello servirá para que pueda tener conocimiento de los criterios empleados para la toma de decisiones».

Asimismo, en la sentencia correspondiente al Expediente N° 01412-2007-PA/TC, proceso de amparo seguido por Juan de Dios Lara Contreras contra los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), el Tribunal ha efectuado un interesante desarrollo sobre la relación entre el debido proceso y la motivación de resoluciones que pasamos a citar:

- «Como ya lo ha expresado el Tribunal Constitucional en abundante sostenida jurisprudencia el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, en cuyo seno se alberga los actos administrativos, a fin de que las personas estén en la posibilidad de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado o de los particulares que pueda afectarlos. Queda claro,

entonces, que la cláusula fundamental contenida en el artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú, no es «patrimonio» exclusivo de los procesos jurisdiccionales, sino que el respeto del contenido del debido proceso se hace extensivo a los procesos administrativos públicos (como es el caso de autos) o privados». (Fundamento 8).

- «Dentro de la misma línea de razonamiento este Colegiado ha precisado que dentro de aquel conjunto de garantías mínimas que subyacen al debido proceso se encuentra el derecho a la motivación de las resoluciones, que adquiere vital preponderancia en el caso que nos ocupa, pues es este el derecho que el demandante reclama como vulnerado y por el cual acude a esta instancia en pos de tutela. Por su parte, la doctrina considera que la motivación supone la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de sustento a una resolución de la administración» (Fundamento 10).
- «En consecuencia debemos afirmar que el derecho a la motivación de las decisiones administrativas si bien no tiene un sustento constitucional directo, no es menos cierto que forma parte de aquella parcela de los derechos fundamentales innominados que integra la construcción constitucional del Estado que permite apartarse de toda aquella visión absoluta o autoritaria» (Fundamento 11).
- «Hablar de un Estado Constitucional significa hablar de un modelo estatal en el que sus acciones están regidas por el Derecho, lo que trae como correlato que la actuación de la administración deberá dar cuenta de esta sujeción para alejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la administración deberán contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso». (Fundamento 12).
- «Cuando en el considerando precedente se ha hecho referencia al término adecuada motivación, esta debe ser entendida como aquella que genera consecuencias positivas en un Estado de Derecho en el que la protección de los derechos fundamentales se rige como uno de sus principales pilares. Así, por un lado tenemos que una resolución debidamente motivada brinda seguridad jurídica a los administrados, y por otro, sirve como elemento de certeza a la autoridad administrativa que decide el procedimiento». (Fundamento 13).

Un pronunciamiento del TC de importante consulta es la sentencia recaída en el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC, en el que afirma que «el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable

frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso». *(negritas y subrayado nuestros).* Aplicando este pronunciamiento del Supremo Intérprete de la Constitución a la jurisdicción administrativa, la AAT se encuentra obliga a motivar adecuadamente sus resoluciones, a fin de evitar justificaciones subjetivas o basadas en su mero capricho.

En cuanto al contenido del debido proceso, en el Expediente. N.° 3943-2006-PA/TC el Colegiado Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado del mismo se delimita, entre otros, en los siguientes supuestos:

a) **Inexistencia de motivación o motivación aparente.** Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b) **Falta de motivación interna del razonamiento.** La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) **Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.** El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como los identifica DWORKIN, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones.

d) **La motivación insuficiente.** Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la «insuficiencia» de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) **La motivación sustancialmente incongruente.** El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139°, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

f) **Motivaciones cualificadas.**- Resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional o administrativa en nuestro caso, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal.

Como se habrá podido advertir, la motivación de las resoluciones administrativas expedidas por la AAT es fundamental, derivándose su configuración del derecho al debido proceso, por lo que, a decir del TC, es fundamental para un

Estado democrático como el nuestro que se objete todo acto arbitrario (interdicción de la arbitrariedad), lo que exige que la autoridad administrativa, en este caso, la AAT, motive adecuadamente sus resoluciones.

3.3. Lineamientos de la propia AAT y resoluciones emitidas sobre el particular

El 30 de octubre de 2008 la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo aprobó el Lineamiento que establece los «Criterios Técnicos en la declaración de nulidad de las Actas de Infracción», el cual señaló los supuestos que acarrearían la nulidad de las actas de infracción, entre los que cabe resaltar aquél referido al incumplimiento de los requisitos de contenido previstos en la Ley General de Inspección del Trabajo. Como se indicó anteriormente, el artículo 46° de la Ley dispone que las Actas de Infracción deben contener los hechos constatados por el inspector laboral, la calificación de la infracción, la graduación de la misma y la propuesta de la multa, y la determinación de los responsables solidarios, si los hubiera.

Lo anterior evidencia el reconocimiento por parte de la propia autoridad laboral de la importancia de una debida motivación de sus pronunciamientos y por ende, del respeto a un debido proceso en sede administrativa.

Este criterio ha sido también fijado por la autoridad con ocasión de resoluciones emitidas en el curso de procedimientos inspectivos, cómo los que detallamos seguidamente:

a) Aplicación del principio de primacía de la realidad y determinación de la existencia de una relación laboral: Este principio, de acuerdo al maestro Américo PLÁ RODRÍGUEZ[15], supone que «en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos suscritos entre las partes, debe otorgarse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos».

En materia inspectiva, este principio ha sido recogido normativamente en el artículo 2° de la Ley General de Inspección del Trabajo y en el artículo 3° de su Reglamento. La aplicación de este principio por parte del inspector laboral para determinar la existencia de una relación laboral exige un adecuado razonamiento lógico jurídico y que en el acta correspondiente se detallen los fundamentos que llevan al funcionario inspectivo a considerar que el locador inspeccionado realizaba una labor personal, subordinada y remunerada.

---

[15] PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, De Palma, Buenos Aires, 1998,

Así lo ha dispuesto la Dirección de Inspección Laboral de Lima en la Resolución Directoral No. 372-2007-MTPE/2/12.3, cuyo fundamento Tercero citamos seguidamente:

> «Tercero: Que, de la revisión del Acta de Inspección (...) se desprende que si bien la Inspectora comisionada consignó que la señora Girón Vargas Rosa Elvira tenía la condición de trabajadora de la inspeccionada al reunir todos los requisitos esenciales de un contrato de trabajo, *en ninguna parte de la misma desarrolló el razonamiento lógico jurídico que motivó dicha calificación, es decir, los elementos que la llevaron a considerar que el servicio que prestaba la señora Girón se desarrollaba de manera personal, que existía una contraprestación por el mismo y, principalmente, que tales labores se realizaban bajo la subordinación de la inspeccionada, de tal manera que pudiera afirmarse que existía discordancia entre los hechos verificados y lo que se advertía del convenio suscrito entre las partes,* en mérito del cual la recurrente afirma que entre ellas existe una relación de naturaleza civil no pudiéndose determinar y establecer una correcta aplicación del Principio de Primacía de la Realidad al requerirse de la actuación de medios probatorios adicionales que no son competencia de esta instancia; por lo que resulta procedente cortar el procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el numeral 15.3 del artículo 15° de la Ley, dejando a salvo lo verificado en autos y el derecho de la persona en mención para que, de ser el caso, lo haga valer por la vía legal correspondiente, en consecuencia, corresponder a este Despacho revocar el pronunciamiento venido en alzada, dejándose sin efecto la sanción económica impuesta. (...)» (cursiva nuestra).

La insuficiencia de la manifestación dada por las personas comprendidas en la inspección ha sido expresada en la Resolución Sub-Directoral N° 008-08-MTPE/2/12.320, señalándose que «El inspector basa su decisión únicamente en la manifestación dada por la persona, sin precisar si en el presente caso se manifiestan los elementos constitutivos de una relación laboral».

b) Incumplimiento del contenido mínimo del Acta de Infracción detallado en el artículo 54° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo: El ya citado artículo 54° dispone que el acta de infracción que se extienda debe poseer el siguiente contenido mínimo:

- Identificación del sujeto responsable, *con expresión de su nombre y apellidos* o razón social, domicilio y actividad económica. Idénticos datos de identificación se reflejarán para los sujetos que deban responder solidaria o subsidiariamente. En caso de obstrucción a la labor inspectiva o de empresas informales, se consignarán los datos que hayan podido constarse.

- Los medios de investigación utilizados para la constatación de los hechos en los que se fundamenta el acta.
- Los hechos comprobados por el inspector del trabajo, constitutivos de infracción.
- La infracción o infracciones que se aprecian, con especificación de los preceptos y normas que se estiman vulneradas, su calificación y tipificación legal.
- La sanción que se propone, su cuantificación y graduación, con expresión de los criterios utilizados a dichos efectos. De apreciarse la existencia de reincidencia en la comisión de una infracción, deberá consignarse dicha circunstancia con su respectivo fundamento.
- La responsabilidad que se impute a los sujetos responsables, con expresión de su fundamento fáctico y jurídico.
- La identificación del inspector o de los inspectores del trabajo que extiendan el acta de infracción con sus respectivas firmas.
- La fecha del acta y los datos correspondientes para su notificación.

La AAT en la Resolución Sub-Directoral N° 264-2008-MTPE/2/12.320 ha señalado que el Acta que no contenga alguno de los requisitos enumerados es nula: «El acta inspectiva es nula si no ha consignado los apellidos de los trabajadores supuestamente afectados».

c) Reconocimiento expreso de la AAT del derecho del administrado de obtener una resolución motivada como parte del debido procedimiento administrativo en materia inspectiva: Citamos a continuación la Resolución Directoral N° 009-2008-MTPE/2/12 en la cual la AAT hace una referencia expresa a lo expuesto en el presente trabajo:

> «Que, conforme a lo señalado en el numeral 1.2 del artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el Principio del Debido Procedimiento Administrativo implica para el administrado el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho; en concordancia con ello, el numeral 4 del artículo 3° de la citada norma dispone como uno de los requisitos de validez del acto administrativo que este se encuentre debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, lo que no implica que la motivación sea exhaustiva sino que guarden relación y que sean proporcionados con la situación que se resuelve, para que, a través de los mismos el administrado pueda conocer el motivo de la decisión y, de .considerarlo conveniente, ejercer la facultad de contradicción que la ley le reconoce, a través de los medios impugnatorios y se ejercite así el correspondiente control a través de la pluralidad de instancias; (...) de lo expuesto se colige que la Resolución materia de apelación presenta defectos

en la motivación, toda vez que el inferior en grado no ha sustentado debidamente las razones por las que considera que la documentación adjunta al Acta de Inspección, esto es, los contratos de locación de servicios suscritos con las empresas usuarias no desvirtúan las infracciones detectadas».

d) Necesidad de una adecuada motivación para determinar la desnaturalización de la intermediación laboral: Como se recordará, la Ley N° 27626 y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 003-2002-TR regulan la contratación indirecta mediante la provisión de personal para cubrir actividades principales (temporales), complementarias y altamente especializadas de una empresa usuaria o cliente por parte de entidades de intermediación laboral o cooperativas de trabajadores.

Las actividades complementarias objeto de intermediación laboral han sido definidas por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR como aquellas de carácter auxiliar, no vinculadas a la actividad principal, y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial, tal como las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza. Añade la norma que, la actividad complementaria no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria.

En el curso de una inspección laboral que tenga por objetivo verificar el cumplimiento de la normatividad en materia de intermediación laboral, y por ende la legalidad de la misma, la AAT ha sostenido la importancia de la verificación por parte del inspector de la naturaleza de las actividades realizadas por el personal destacado por la entidad de intermediación laboral y si constituyen parte de la actividad principal de la empresa usuaria.

Así, en la Resolución Directoral N° 067-2008-MTPE/2/12.3, la AAT señaló que «El inspector no ha dejado constancia de haber verificado la naturaleza de las labores desarrolladas por el personal destacado por el service, situación que impide determinar si existe o no desnaturalización de los servicios contratados».

Asimismo, en Resolución Sub-Directoral N° 008-08-MTPE/2/12.320, se afirmó que, «(...)del análisis de las verificaciones efectuadas por los Inspectores comisionados, se puede establecer que, si bien es cierto los inspectores concluyen en la obligación de la empresa inspeccionada de registrar en su Planilla de pago al personal destacado por las empresas de servicios, por considerar que estos realizan labores directamente vinculadas a la actividad principal de la inspeccionada, no llegan a determinar fehacientemente ello ni a argumentar válidamente dicho razonamiento (...). Asimismo, respecto al personal destacado, los Inspectores actuantes se limitan a señalar la actividad que realizan, sin aportar mayor información respecto del posible vínculo que pueda establecerse

con la inspeccionada, sin fundamentar de manera válida la razón por la cual este personal debería ser registrado en la Planilla de la empresa inspeccionada».

De lo señalado en este acápite podemos afirmar que la AAT recoge la importancia de una adecuada motivación de sus pronunciamientos, como manifestación del debido proceso de los administradores, hecho que abona a favor de exigir que en las resoluciones de la AAT se cumpla con dicho principio.

4. CONCLUSIONES

En todo Estado de Derecho la arbitrariedad no tiene cabida en tanto la misma se encuentra prohibida, desde que la exigencia de un debido procedimiento y en particular de la motivación de las resoluciones de la AAT operan como una barrera frente a cualquier acto abusivo de la Administración Pública.

El derecho al debido proceso, puede ser visto desde dos perspectivas, (i) faz sustantiva o debido proceso sustantiva, (iii) faz procesal. El primero de ellos supone la emisión de una resolución arreglada a derecho cuyo razonamiento deba encontrarse suficientemente motivado, y el segundo la exigencia de una motivación especial de los pronunciamientos de la administración.

Las resoluciones emanadas en el curso de un procedimiento administrativo no son ajenas a dicha exigencia de motivación y por ende respeto del debido procedimiento administrativo del empleador, en la medida que se trata de un derecho fundamental que puede ser vulnerado con pronunciamientos de la Inspección de Trabajo que carezcan de un adecuado respaldo de la decisión de la AAT basada en constataciones fácticas y aplicación de las normas pertinentes.

Así, serán inadmisibles pronunciamientos oscuros, ambiguos, con sustentos genéricos, o constataciones basadas solamente en el dicho (manifestación) de los interesados, o que carezcan de un razonamiento lógico jurídico adecuado que evidencien las razones que llevaron al inspector o a la AAT a tomar una determinada decisión.

De existir pronunciamientos deficientemente motivados, el administrado podrá solicitar la nulidad de los pronunciamientos siguiendo los cauces legales previstos en las normas específicas, tales como descargos (tratándose de Actas de Infracción), apelaciones (ante resoluciones de multa) o pedidos a quien emitió la resolución o al superior jerárquico.

CONCURSO UNIVERSITARIO

En la presente sección se incluyen –en el mismo orden de su premiación– los ensayos con mención a publicación por ocupar el sexto a décimo lugar en el Tercer Concurso Universitario de Investigación en materia laboral y de seguridad social convocado por nuestra Sociedad con ocasión del Tercer Congreso Nacional realizado en la ciudad de Chiclayo los días 29, 30 y 31 de octubre de 2008.

LA CONTRAPRESTATIVIDAD EN EL CONTRATO DE TRABAJO, ¿SERÁ CIERTO ESO?

Sarah Marilú Arce Calderón
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima)

INTRODUCCIÓN[1]

El presente trabajo tiene como finalidad estudiar los principales supuestos dentro de la legislación peruana de excepciones al llamado carácter contraprestativo de la remuneración.

Cabe resaltar que a la remuneración le es atribuida esta característica en tanto es la prestación que el trabajador recibe de parte del empleador a causa de la utilización de su fuerza laboral a favor de aquél. Lo que se tratará de demostrar en el presente artículo es que este carácter contraprestativo no es una regla para definir a la remuneración, cuestión que es realizada por la legislación peruana y por gran parte de la doctrina.

Además, hemos postulado un supuesto que en nuestra opinión también representa una excepción del carácter contraprestativo de la remuneración, que es el contrato de trabajo intermitente por las razones que se podrán apreciar en el desarrollo del último capítulo de este trabajo.

Para llegar a postular la hipótesis que se planteó en el párrafo precedente, hemos realizado un repaso breve de los conceptos del derecho laboral que nos permitan llegar a nuestra finalidad. Por lo que hemos dividido el presente en tres secciones, a saber:

En el primer capítulo analizaremos el contrato de trabajo: su definición, características y elementos.

---

[1] Las siguientes páginas se las dedico a mi compañero de estudios y amigo Eduardo Buendía de los Santos, pues gracias a sus sugerencias bibliográficas y gran paciencia para absolver mis consultas, pude consolidar el presente trabajo. De igual manera, a mi familia por su incondicional amor y soporte durante mis años en la Facultad de Derecho.

En el segundo capítulo analizaremos con cierto detalle la remuneración, como objeto de la obligación del empleador para con el trabajador: la definición de aquella dada por la doctrina y por la legislación nacional vigente.

Finalmente, en el tercer capítulo, se analizará a la fuerza efectiva de trabajo como objeto de la obligación del trabajador para con el empleador: la definición de fuerza efectiva del trabajo, los supuestos en los que el carácter contraprestativo de la remuneración no se cumple, y por último, nuestra posición personal con respecto al contrato intermitente de trabajo, el cual es un contrato sujeto a modalidad regulado en el artículo 64 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

1. APROXIMACIÓN TEÓRICA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Para comenzar el presente trabajo, es preciso realizar una definición de contrato. En nuestra legislación la definición de contrato se encuentra en el artículo 1351, que lo considera como el acuerdo de voluntades destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación con contenido patrimonial»[2], la cual creemos es acertada. Por ello, concluimos en esta primera etapa del presente trabajo de investigación que este se compone de dos elementos fundamentales, el primero de ellos es el acuerdo de voluntades y el segundo elemento es el contenido patrimonial.

1.1. Definición del Contrato de Trabajo

En la doctrina, existe una infinidad de definiciones del contrato de trabajo, entre las cuales podemos mencionar al doctor Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU. La postura de este autor nos indica que el contrato de trabajo consiste en «*un negocio jurídico oneroso en virtud del cual el empleador debe abonar una retribución por los servicios prestados por el trabajador*»[3]

Según la doctora Mónica PIZARRO DÍAZ el contrato de trabajo es «...un contrato con prestaciones reciprocas y no un contrato sinalagmático. Por lo tanto, si bien las prestaciones del contrato se encuentran vinculadas; no existe entre ellas una relación de mutua causalidad y la causa de la remuneración no es la prestación de servicios del trabajador. Al ser el contrato de trabajo un contrato con prestaciones reciprocas la remuneración tiene la característica de ser contraprestación...»[4].

---

[2] «Articulo 1351°.- El contrato es el acuerdo de dos o mas partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial».

[3] TOYAMA MIYAGUSUKU, «La remuneración: una visión comparativa entre la legislación de hoy y el anteproyecto de la Ley General de Trabajo», en *Laborem*, N°3, 2003, p. 118.

[4] PIZARRO DIAZ, Mónica, *La remuneración en el Perú, Análisis Jurídico Laboral*, Estudio Gonzáles & Asociados Consultores Laborales S.C., Lima, 2006, p. 207.

ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE[5] sostienen que:

«...El contrato de trabajo es el que liga a una persona (trabajador) que presta sus servicios a otra (empresario), que los retribuye, organiza y dirige...es un negocio jurídico dirigido a crear un vínculo de obligación entre las partes, esto es, verdadera y propiamente un contrato...».

A su vez, señalan que[6]:

«el objeto del contrato de trabajo es la prestación de servicios retribuidos, expresión que descompuesta en sus dos elementos. Respecto de los servicios, que la deuda contractual del trabajo es una deuda de actividad y no de resultado, por mucho que aquella luzca en este, dicho de otra forma: a lo que el trabajador se obliga es a trabajar, que a esto equivale en nuestra terminología jurídica «prestar servicios».

Fernando VALDÉS DEL RÉ[7] señala que: «...La configuración legal del contrato de duración indefinida como la figura contractual socialmente típica de prestar trabajo por cuenta ajena y dependiente y que había sido utilizada para concebir la relación laboral como una relación «estable y de larga duración, exclusive y a jornada completa...».

El profesor Javier NEVES MUJICA[8] sostiene que el contrato de trabajo típico, así como en toda relación laboral debe de haber una duración de la relación laboral, duración de la jornada de trabajo, número de empleos y lugar de trabajo. Atendiendo a estos criterios, el contrato típico es el que se presta con duración indeterminada, tiempo completo, para un solo empleador y en el propio centro de trabajo, Y los atípicos se dan cuando uno más de dichos rasgos está ausente.

De la misma manera, MORALES CORRALES[9] señala que el contrato de trabajo es el acuerdo de voluntades en virtud del cual el trabajador se compromete

---

5 ALONSO OLEA, Manuel / CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo*, Universidad de Madrid, Madrid,1991, p. 50.

6 *Op. cit.*, p. 51.
Somos de la opinión de que el autor no puede señalar que las obligaciones derivadas del contrato de trabajo puedan ser catalogadas como unas obligaciones de mera actividad sino creemos todo lo contrario ya que existe en nuestra legislación laboral una serie de remedios de naturaleza laboral por ello nos atrevemos a sostener que las obligaciones del contrato laboral son una deuda de resultado.

7 VALDEZ DAL-RE, Fernando, «La externalización de actividades laborales», en PEDRADAS MORENO (dir), *La externalización de actividades laborales*, Valladolid, 2002, p. 24.

8 NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho Laboral*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, p. 39.

9 MORALES CORRALES, Pedro, «La Frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente», en *Ius Et Praxis*, N° 32, 2001, p. 159.

libremente a prestar sus servicios al empleador en forma personal y subordinada, por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad a cambio de una remuneración[10].

Analizando las definiciones antes mencionadas en los apartados *supra*, concluimos que el contrato de trabajo es el acuerdo de voluntades destinada a crear, regular, modificar o extinguir la relación entre el trabajador que brinda la prestación que consiste en la puesta fuerza laboral; y, por otra parte, del empleador que debe realizar una contraprestación que es el pago de la remuneración (*supra* cap. II).

Además, cabe resaltar que para que el contrato laboral sea válido no se requiere formalidad alguna. El Principio de la Primacía de la Realidad, que sostiene que lo fáctico predomina sobre la forma y denominación que se le dé al contrato; basta que se encuentren los elementos esenciales del contrato de trabajo, saber prestación personal del servicio, subordinación y remuneración. Dichos elementos serán tratados más adelante.

1.1.1. El Contrato de Trabajo en el Código Civil Italiano de 1942

El contrato de trabajo es un tipo de contrato. En este sentido, encontramos una regulación especial en el código civil italiano que en su artículo 2094 que indica:

> «...**Artículo 2094.-** Es prestador de trabajo subordinado quien se obliga mediante retribución a colaborar en la empresa, prestando el propio trabajo intelectual o manual en las dependencias y bajo la dirección del empresario...».

En este sentido, encontramos una definición normativa del contrato de trabajo en un Código Civil. Sin embargo, en la normativa peruana no se encuentra en el texto normativo civil sino que en el Perú se optó por dividir al contrato de trabajo de la normativa civil por la connotación que ello conlleva. Por ello, este contrato se encuentra regulado en la Ley de productividad y competitividad laboral (en adelante LPCL), en su artículo 4.

---

[10] MORALES CORRALES, *op. cit.*
El autor reconoce que no existe en la legislación laboral peruana una definición del contrato de trabajo, por lo que podemos sostener que los elementos fundamentales son aquellos que se encuentran descritos, por esto señala que las notas típicas o elementos fundamentales o esenciales del contrato de trabajo y que, resumiendo, son: a) prestación personal del servicio; b) que esta será efectuada por persona natural; c) la subordinación; d) la amenidad, y e) la remuneración o contraprestación.

1.1.2. Definición de Contrato de Trabajo en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

La Ley especial que regula la normativa laboral el contrato de trabajo está regulado en el artículo 4 de la LCPL señala que el contrato de trabajo es *«la prestación personal de servicios remunerados y subordinados»*[11].

El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece.

También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.

1. 2. Características del Contrato de Trabajo

En este sentido destacamos las características esenciales del contrato de trabajo son las siguientes es un contrato de tipo oneroso, conmutativo y bilateral como nos indica la Dra. Mónica PIZARRO[12].

1.2.1. Bilateral

El contrato de trabajo es bilateral ya que genera prestaciones principales para las dos partes del contrato laboral: empleador y trabajador. La prestación principal del trabajador consiste en prestar su fuerza efectiva de trabajo cumpliendo las características de prestación personal y subordinación con respecto al empleador. La prestación principal del empleador consiste en otorgar una remuneración al trabajador. Es decir, que el contrato de trabajo es la fuente de las obligaciones ya antes mencionadas a las dos partes del contrato: prestar servicios y pagar remuneración. Además de ser un contrato bilateral por las razones antes expuestas, es un contrato con prestaciones recíprocas ya que el cumplimiento de la prestación de la fuerza laboral implica que el empleador consiste en pagar, a cambio, una remuneración al trabajador por la prestación personal y subordinada de su trabajo.

---

[11] **Artículo 4°.-** En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.
El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece.
También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.

[12] PIZARRO DÍAZ, Mónica, *La remuneración en el Perú, Análisis Jurídico Laboral*, Estudio Gonzáles & Asociados Consultores Laborales S. C., Lima, 2006, pp. 29 y ss.

Debemos señalar, que existen supuestos que son la excepción a este sentido de bilateralidad o reciprocidad entre las obligaciones del trabajador y empleador. Las excepciones consisten en que el trabajador no realice efectivamente la prestación de servicios a favor del empleador, pero éste sin embargo, le otorga un pago a aquél. Estos supuestos serán analizados en el Capítulo III del presente trabajo.

1.2.2. Conmutativo

El contrato de trabajo es con prestaciones recíprocas entre el empleador y el trabajador, como ya se explicó en el apartado anterior. Pero la conmutatividad del contrato laboral consiste en que ambas partes que celebraron el contrato, es decir, el empleador y el trabajador conocen la naturaleza de cada una de sus prestaciones y de las contraprestaciones que de ellas se generan[13]. Otro punto que implica la conmutatividad del contrato no será afectada por circunstancias económicas, como por ejemplo la inflación o deflación, que podrían incrementar o disminuir el valor de las prestaciones o contraprestaciones, respectivamente.

1.2.3. Oneroso

El contrato de trabajo al ser un contrato con prestaciones recíprocas implica admitir que éste es a su vez oneroso. La onerosidad radica en que cada una de las partes se obligue a realizar en sacrificio para, a su vez, generar una ventaja para la otra parte de la relación laboral, ya que como lo mencionamos *supra*, el trabajador le proporciona su fuerza de trabajo, la cual es susceptible de valoración económica. Claramente hay un sacrificio por parte del trabajador, en tanto hay un gasto de tiempo, energía y dinero, en tanto existe un valor de mercado por el servicio que el trabajador realiza, lo cual es aprovechado por el empleador para que éste pueda cumplir sus necesidades de realizar sus actividades correspon-

---

[13] La autora señala lo siguiente:
«De lo expuesto, tenemos que si bien el contrato de trabajo es predominantemente conmutativo, presenta ciertos elementos que lo hacen aleatorio. En consecuencia, el contrato de trabajo se encontraría.
Extraído de PIZARRO DÍAZ, Mónica, *La remuneración en el Perú, Análisis Jurídico Laboral*, Estudio Gonzáles & Asociados Consultores Laborales S. C., Lima, 2006, p. 41.
En este sentido no compartimos la posición de la autora debido a que consideramos que no se puede hablar de un alea dentro del contrato de trabajo, ya que de la naturaleza del trabajo a desarrollar el empleador contratará al trabajador que pueda satisfacer su necesidad siéndole útil. Por otra parte si el trabajador no cubre las expectativas de aquél, constituiría un supuesto de incumplimiento defectuoso de la obligación contraída, por lo que el empleador puede optar por la aplicación de una sanción y en los casos más graves se constituiría una causal justa de despido.

dientes al fin de su empresa o negocio. Por otro lado, la remuneración es la prestación principal del empleador con respecto al trabajador. Aquella implica una disminución en su patrimonio económico, con lo que al momento del pago, ese desembolso constituirá un beneficio a favor del trabajador. La remuneración será tratada con mayor detenimiento en el Capítulo II del presente trabajo.

1.3. Elementos del Contrato de Trabajo

Son los requisitos esenciales que todo contrato debe tener para ser considerado como un contrato de trabajo. Los elementos de toda relación laboral son los siguientes:

1.3.1. Prestación Personal

Para el profesor NEVES[14] la prestación personal constituye una actividad cuya utilización es objeto del contrato de trabajo, es la realización específica de un trabajador determinado. Por lo que se puede determinar que quien presta el trabajo es una persona natural. Así mismo, MORALES sostiene que la prestación a la que se somete el trabajador debe ser prestada por una persona natural[15].

1.3.2. Subordinación

La subordinación constituye el elemento más importante para determinar si existe relación laboral o no, pues es exclusivo de la relación laboral. Para el doctor NEVES[16] este elemento es un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor del trabajo, por el cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Existe sujeción de un lado y dirección del otro. Para MORALES[17] la subordinación se puede desmembrar en tres poderes, a saber: el poder que tiene el empleador para dirigir las actividades de su trabajador, el poder ejercer una fiscalización, en virtud de la cual el empleador controla la ejecución de la prestación y determina si se han seguido o no las instrucciones dadas; y por último, el poder de control posterior o sanción ante el cual la constatación de la inobservancia de las obligaciones contraídas por el trabajador, el empleador sanciona dicho incumplimiento[18]. Es decir, que a cualquier prestación de servicios (se origine de un contrato o no), pero presenta las

---

[14] NEVES MUJICA. *op. cit.*, p. 30.
[15] *Op. cit.*, p. 160.
[16] *Op. cit.*, p. 31.
[17] *Op. cit.*, p. 16.
[18] En este elemento de la subordinación donde sostendremos que la actividad del empleado no es simplemente una obligación de medios sino todo lo contrario, es una obligación que busca un resultado especifico y ante el incumplimiento ocasionaría una sanción.

facultades de dirección, fiscalización y sanción, se aplicará el Principio de Primacía de la Realidad y se considerará a su contrato como laboral, independientemente de su *nomen iuris*.

1.3.3. Remuneración

Es considerada la contraprestación que otorga el empleador a causa de la prestación del servicio por parte del trabajador. Como ya se explicó anteriormente el elemento remuneración será de estudio más profundo en el Capítulo II. Sin embargo, es necesario manifestar nuestra hipótesis, la cual consiste en que la remuneración no consiste exactamente en la contraprestación por la prestación de la fuerza efectiva del servicio por parte del trabajador. Esto se debe a que, en determinados supuestos se puede suspender la actividad del trabajador para el empleador, pero éste se encuentra obligado a seguir realizando el pago de la remuneración al trabajador. Esta problemática será abordada en el Capítulo III.

2. EL OBJETO DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA LABORAL DEL EMPLEADOR HACIA AL TRABAJADOR: EL CONCEPTO REMUNERATIVO

2.1. Definición de Remuneración

La remuneración es considerada el objeto de la obligación del empleador derivada del contrato de trabajo. Es uno de los elementos constituyentes de la relación laboral, como ya se explico *supra*. El doctor Jorge TOYAMA considera que la remuneración es:

> «...uno de los tres elementos esenciales del contrato de trabajo. El contrato de trabajo es el negocio jurídico oneroso en virtud del cual el empleador debe abonar una retribución por los servicios prestados por el trabajador[19]. ...»

Continuando con el mismo autor, quien realiza una definición aproximada del concepto remuneración, a saber:

> «...*La remuneración es todo lo que percibe el trabajador por los servicios prestados sea en dinero o en especie y que genera una ventaja o beneficio patrimonial para el trabajador...*»[20].

Por otro lado, se encuentra la definición de remuneración que postula ÁVALOS JARA, a saber:

---

[19] TOYAMA MIYAGUSUKU, *op. cit.*, p. 118.

[20] TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, «La remuneración: una visión comparativa entre la legislación de hoy y el anteproyecto de ley general de trabajo», en *Laborem*, N° 3, Lima, 2003, p. 119.

«...Consideramos que la remuneración es la contraprestación, ya sea en dinero o en especie a la que tiene derecho el trabajador por la realización de un trabajo personal y subordinado, la cual se encuentra sujeta a determinados parámetros mínimos legales [21]...»:

Según la doctora Mónica PIZARRO DÍAZ, la remuneración tiene una finalidad con respecto al Principio Protector del Derecho Laboral. Esta es su principal finalidad, pues el Derecho Laboral fue creado «*para proteger al trabajador y compensar la situación de desigualdad entre las partes contratantes*»[22].

En palabras del Dr. Mario CONFLITTI la remuneración puede ser concebida de la siguiente manera:

«...La remuneración es una prestación debida al trabajador subordinado, por su empleador en relación sinalagmática con la debida por aquél a éste (prestación de trabajo). El salario es una contraprestación al trabajo subordinado. Esa reciprocidad de prestaciones (Trabajo subordinado- Salario). Que tipifica a la relación obligatoria laboral, la caracteriza, simultáneamente, como onerosa, pues cuando el contrato es con prestaciones recíprocas es también necesariamente oneroso. Reaparece así en el interior del concepto jurídico del salario, el concepto económico del mismo como rédito o ganancia individual...»[23].

En el ordenamiento jurídico peruano, la remuneración se encuentra reconocida en la Constitución en su artículo 24 que señala que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia[24]. En este sentido, sostenemos que el reconocimiento constitucional de la remuneración constituye en eje fundamental de la relación obligatoria laboral, en cuanto es un elemento del contrato de trabajo reconocido por la norma constitucional.

Continuando con el ordenamiento jurídico peruano, consideramos que el objeto de la relación jurídica obligatoria laboral por parte del empleador

---

[21] AVALOS JARA, Oxal Víctor, «El pago de la remuneración devengada a través de proceso de amparo», en *Diálogo con la jurisprudencia*: Cuadernillos Jurisprudenciales, N° 58, Lima, 2006, p. 4.

[22] PIZARRO DÍAZ, Mónica, *La remuneración en el Perú, Análisis Jurídico Laboral*, Estudio Gonzáles & Asociados Consultores Laborales S. C., Lima, 2006, p. 27.

[23] CONFLITTI, Mario, *Sueldos y Jornales Teorías, caracteres requisitos adquisición, prueba y pérdida, garantías de pago*, Universal, Buenos Aires, 1988, p. 27.

[24] Artículo 24°.-El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para el y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.

hacia el trabajador es la remuneración. La LPCL, contiene dos definiciones de remuneración: una definición positiva y negativa[25]. La definición positiva de remuneración indica todo supuesto que resulta ser un concepto remunerativo: Esta se encuentra en el artículo 6 de la LPCL que nos indica que remuneración es toda prestación que reciba el trabajador por realizar su actividad, siempre y cuando sea de libre disposición, independientemente de la denominación que se le dé[26]. Siguiendo con la legislación peruana, la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (LCTS) nos da también el mismo tipo de definición[27].

La definición negativa, que se encuentra en el artículo 7 de la LPCL, nos indica expresamente que es lo que no constituye remuneración[28]. Este artículo a su vez remite a los artículos 19 y 20 de la LCTS[29]. Entre los conceptos no remunerativos se

---

[25] Pizarro Díaz, Mónica, *op. cit.*, p. 64.

[26] **Artículo 6°.-** Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto.

[27] Artículo 9°.- Son remuneraciones computables la remuneración básica y todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador, en dinero o en especie como contraprestación de su labor, cualquiera sea la denominación que se les dé, siempre que sea de su libre disposición. Se incluye en este concepto el valor de la alimentación principal cuando es proporcionada en especie por el empleador y se excluyen los conceptos contemplados en los Artículos 19 y 20.

[28] Artículo 7°.- No constituye remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en los Artículos 19° y 20° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650.

[29] Artículo 19°.- No se consideran remuneraciones computables las siguientes:
a. Gratificaciones extraordinarias u otros pagos perciba el trabajador ocasionalmente, a título de liberalidad del empleador o que hayan sido materia de convención colectiva, o aceptadas en los procedimientos de conciliación o mediación, o establecidas por resolución de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o por laudo arbitral. Se incluye en este concepto a la bonificación por cierre de pliego.
b. Cualquier forma de participación en las utilidades de la empresa.
c. El costo o valor de las condiciones de trabajo.
d. La canasta de Navidad o similares;
e. El valor del transporte, siempre que esté supeditado a la asistencia al centro de trabajo y que razonablemente cubra el respectivo traslado. Se incluye en este concepto el monto fijo que el empleador otorgue por pacto individual o convención colectiva, siempre que cumpla con los requisitos antes mencionados;
f. La asignación o bonificación por educación, siempre que sea por un monto razonable y se encuentre debidamente sustentada.

encuentran por ejemplo las gratificaciones extraordinarias, participación en las utilidades de la empresa, asignación o bonificación por educación, la alimentación básica que sea considerada como condición de trabajo, es decir, que sea indispensable para que el trabajador cumpla con su actividad productiva, entre otras.

2.2. Requisitos de la Remuneración

CONFLITTI considera que la naturaleza jurídica de la remuneración es una «contraprestación», que si bien deriva del contrato de trabajo y no corresponde estrictamente al trabajo efectivo prestado por el trabajador, requiere de éste cumplimiento de «su» prestación para su procedencia.

Los elementos de la remuneración según CONFLITTI son 3, a saber:

2.2.1. Continuidad

Que se refiere a la contraprestación esencial del trabajo que debe ser continua o de tracto sucesivo, es decir, que se prolongue en el tiempo. Según el autor, la continuidad de la remuneración se debe a su calidad contraprestativa con respecto al trabajo. El autor antes mencionado resume que *«la continuidad se impone contra el fraude, la variación, la arbitrariedad, la interrupción y la sustitución»*[30] . Además, sostiene que si se interrumpe la remuneración, y ésta no responde a causas justificadas, implica una extinción del contrato (despido indirecto)[31].

2.2.2. Conmutatividad

El carácter conmutativo del contrato de trabajo responde a que las prestaciones son ciertas y pactadas. Es decir, es de conocimiento de ambas partes, el

---

g. Las asignaciones o bonificaciones por cumpleaños, matrimonio, nacimiento de hijos, fallecimiento y aquellas de semejante naturaleza. Igualmente, las asignaciones que se abonen con motivo de determinadas festividades siempre que sean consecuencia de una negociación colectiva.

h. Los bienes que la empresa otorgue a sus trabajadores, de su propia producción, en cantidad razonable para su consumo directo y de su familia;

i. Todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor, o con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador;

j. La alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de servicios, las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto de acuerdo a su ley correspondiente, o cuando se derive de mandato legal.

30 CONFLITTI C. Mario, *Sueldo y jornales: teorías, caracteres, requisitos, remuneración, adquisición, prueba y pérdida de garantías de pago*, Buenos Aires, 1988, p. 79.

31 CONFLITTI C., Mario, *op. cit.*, p. 80.

trabajador y el empleador cuales son las obligaciones de cada uno, comprometiéndose a cumplirlas. La conmutatividad se manifiesta claramente cuando el ordenamiento jurídico, por medio de una ley establece el monto mínimo de la remuneración cada cierto tiempo. En el caso del Perú esta frecuencia es anual. El monto de la Remuneración Mínima Vital (RMV) está regulada por medio de Decreto Supremo. Para el año 2008, el monto de la RMV fue regulada por Decreto Supremo N° 022-2007-TR[32] y asciende a la suma de S/. 550.00 mensuales.

2.2.3. Suficiencia

Como ya se explicó *supra II.1*, la Constitución, en su artículo 24 establece una garantía de que la «*remuneración debe ser equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual*[33]...» (el subrayado es nuestro). Además de esta disposición constitucional no hay alusión al principio de suficiencia que debe tener la remuneración. Como ya se explicó en el apartado anterior existe la RMV, la cual debe ser la concretización de este principio de suficiencia de la remuneración. Sin embargo en el Anteproyecto de la Ley General del Trabajo, en su artículo 210, finalmente se ha definido a la RMV de la siguiente manera:

> «Art. 210.- Remuneraciones mínimas.- Definición
>
> Remuneración mínima es la cantidad menor fijada con arreglo a ley a que tiene derecho todo trabajador que labora una jornada ordinaria de trabajo completa. Se entiende por tal la que se cumple usualmente en la empresa o centro de trabajo. En caso de jornada inferior o de trabajo por horas, la remuneración mínima se abona en forma directamente proporcional al tiempo efectivo trabajado. [...]».

Otro punto importante para tratar es sobre qué aspectos están incluidos dentro de la RMV. Ésta última está compuesta por todas las percepciones de carácter remunerativo que reciba el trabajador, además del Sueldo básico,

---

[32] Artículo 1°.- Objeto de la Norma
Incrementar en S/. 50.00 nuevos soles la remuneración Mínima Vital de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, con lo que la Remuneración Mínima Vital pasara a ser de S/. 500.00 nuevos soles a S/. 550.00 nuevos soles.
El incremento citado en el párrafo anterior, se otorgara conforme al siguiente detalle:
- A partir del 1 de octubre de 2007, se otorgará la suma de S/. 30.00 nuevos soles
- A partir del 1 de enero de 2008, se otorgará la suma de S/. 20.00 nuevos soles.

[33] Articulo 24°.-El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para el y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.

como por ejemplo: las Comisiones, las Bonificaciones al Cargo ,la Alimentación Principal, las Prestaciones Alimentarias por suministro directo, los montos que recibe el trabajador por destajo, etc. Además comprende las bonificaciones u otros abonos permanentes y fijos que se paguen en dinero efectivo al trabajador, de acuerdo al Art. 11° de la Ley N° 14222. Asimismo, también se sostiene que la Asignación Familiar debería estar incluida en la RMV por cuanto el Reglamento de la Ley N° 25129, Ley de Asignaciones Familiares, le otorga a ese concepto carácter remunerativo[34].

3. EL OBJETO DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA LABORAL DEL TRABAJADOR HACIA EL EMPLEADOR: LA FUERZA DE TRABAJO

3.1. Definición de Fuerza Efectiva de Trabajo

En tanto se cumple tanto ponga su fuerza de trabajo a disposición del empleador, aunque éste no la utilice[35]. Neves[36] en la misma línea de pensamiento, sostiene que el trabajo es un esfuerzo dirigido a un fin. El sujeto al desplegar su actividad se propone lograr un objetivo.

Por ello, debemos tener una aproximación teórica de lo que debe ser considerado como fuerza efectiva de trabajo, o simplemente trabajo. Este debe ser un trabajo productivo, que esta dirigido a obtener una ventaja patrimonial para la persona que lo realiza, es decir quien realiza esta actividad debe obtener alguna ventaja económica. De la misma manera, este trabajo productivo deberá ser de naturaleza subordinada en caso contrario no se encontraría en el ámbito del derecho laboral.

Meilij[37] nos indica que el trabajador intercambia por la remuneración una actividad destinada a la creación de una tarea útil por la seguridad de una contraprestación. De esta manera, podremos arribar a la conclusión de que se trata de la enajenación de energía de trabajo.

Por estas razones, concluimos que en todos los contratos de trabajos a la contrapartida de la remuneración encontramos la fuerza de trabajo que es la

---

[34] «S/A Remuneración Mínima Vital, Último Reajuste Enero 2008», en *Análisis Laboral N° X Enero 2008*, Lima, p. 30. Versión digital . www.aele.com/img_upload/d50b9481e4320dc850313baa3d4545e2/08.01_AL_RMV.pdf . *visto el 28 de Septiembre 2008, 18:00 horas.*

[35] Mielij, Gustavo Raúl, *Contrato de Trabajo*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 7.

[36] Neves Mujica, *op. cit.* p. 25.

[37] Mielij, Gustavo Raúl, *Contrato de Trabajo*, t. I, Depalma, Buenos Aires,1981, p. 117.

actividad que realiza el operario, y que sin ella no sería posible la relación laboral pero como analizaremos en el punto *infra* III.2, que existen supuestos específicos donde no existe tal despliegue de la fuerza efectiva de trabajo (entendida en su sentido amplio puro y simple comprendiendo para estos efectos tanto el trabajo físico como intelectual) pero sí es el empleador quien se encuentra obligado a seguir manteniendo la obligación de remunerar. Es por ello, que nos propondremos desmitificar algunos supuestos para determinar la verdadera naturaleza de la remuneración.

3.2. Supuestos en los cuales se suspende la fuerza efectiva de trabajo

3.2.1. Vacaciones y feriados

El jurista argentino MEILIJ sostiene que las vacaciones tienen como finalidad de proveer una reparación del desgaste físico y mental del trabajador como consecuencia de desempeñar su labor[38]. Asimismo, el mismo jurista sostiene que:

> «... la L.C.T. establece junto con la licencia por vacaciones- que reviste periodicidad anual- una serie de licencias especiales motivadas por razones personales y familiares, razón por la cual denomina a la primera licencia ordinaria.
>
> Esta se caracteriza por ser anual y constituir un periodo mínimo y continuado de descanso siendo además remunerado»[39].

La legislación peruana, en el Decreto Legislativo 713[40], señala que para acceder a un supuesto de suspensión de la obligación de prestar la fuerza efectiva de trabajo, tiene que cumplirse con los siguientes requisitos, a saber: Que se haya laborado por lo menos un año antes de la concesión del beneficio y encontrarse dentro de los supuestos incluidos en el artículo 12 del mismo cuerpo

---

[38] *Op. cit.* p. 140.

[39] IDEM.

[40] Artículo 10°.- El trabajador tiene derecho a treinta días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios. Dicho derecho está condicionado, además, al cumplimiento del récord que se señala a continuación:
a. Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria es de seis días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos sesenta días en dicho período.
b. Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria sea de cinco días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos diez días en dicho período.
c. En los casos en que el plan de trabajo se desarrolle en sólo cuatro o tres días a la semana o sufra paralizaciones temporales autorizadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo, los trabajadores tendrán derecho al goce vacacional, siempre que sus faltas injustificadas no excedan de diez en dicho período. Se consideran faltas injustificadas las ausencias no computables para el récord conforme al artículo 13 de esta Ley.

normativo[41]. Esto quiere decir que la ley otorga esta suspensión de la fuerza efectiva de trabajo, pero no eximiendo al empleador de su obligación de remunerar al trabajador.

El mismo cuerpo normativo establece que un trabajador que cumpla los requisitos establecidos *supra* tiene el derecho a 30 días calendario de vacaciones[42]. Además que este período será objeto de pago de remuneración por parte del empleador, esto está en el mismo Decreto Legislativo 713, en su artículo 15[43].

Además, cabe resaltar que en la legislación peruana, un trabajador puede no tomar sus vacaciones en un año, con el fin de acumularlas para otro período. Pero esta disposición del derecho a vacaciones solo se puede realizar hasta dos períodos de vacaciones[44]. Es decir, que un trabajador decide no tomar sus 30

---

41 Artículo 12°.- Para efectos del récord vacacional se considera como días efectivos de trabajo los siguientes:
a. La jornada ordinaria mínima de cuatro horas.
b. La jornada cumplida en día de descanso cualquiera que sea el número de horas laborado.
c. Las horas de sobretiempo en número de cuatro o más en un día.
d. Las inasistencias por enfermedad común, por accidentes de trabajo o enfermedad profesional, en todos los casos siempre que no supere 60 días al año.
e. El descanso previo y posterior al parto.
f. El permiso sindical.
g. Las faltas o inasistencias autorizadas por Ley, convenio individual o colectivo o decisión del empleador.
h. El período vacacional correspondiente al año anterior; e,
i. Los días de huelga, salvo que haya sido declarada improcedente o ilegal.

42 **Artículo 10°.-** «El trabajador tiene derecho a treinta días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios. Dicho derecho está condicionado, además, al cumplimiento del récord que se señala a continuación:
a. Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria es de seis días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos sesenta días en dicho período.
b. Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria sea de cinco días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos diez días en dicho período.
c. En los casos en que el plan de trabajo se desarrolle en sólo cuatro o tres días a la semana o sufra paralizaciones temporales autorizadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo, los trabajadores tendrán derecho al goce vacacional, siempre que sus faltas injustificadas no excedan de diez en dicho período. Se consideran faltas injustificadas las ausencias no computables para el récord conforme al artículo 13 de esta Ley».

43 **Artículo 15°.-** La remuneración vacacional es equivalente a la que el trabajador hubiera percibido habitualmente en caso de continuar laborando.
Se considera remuneración, a este efecto, la computable para la compensación por tiempo de servicios, aplicándose analógicamente los criterios establecidos para la misma.

44 **Artículo 18°.-** «El trabajador puede convenir por escrito con su empleador en acumular hasta dos descansos consecutivos, siempre que después de un año de servicios continuo disfrute por lo menos de un descanso de siete días naturales.[...]»

días de vacaciones en el año 2008 y poder solicitarle a su empleador que las tomará el 2009, pero no podrá pedir acumular tres períodos devengados de vacaciones para el 2010.

En el caso del descanso por feriados, éste está regulado también por el Decreto Legislativo 713, el cual señala que los trabajadores tienen derecho a no trabajar en los días considerados como feriados públicos que están señalados en dicha ley en su artículo 6[45] y otros que una norma legal lo determine expresamente[46]. El monto remuneratorio corresponde a un día ordinario de trabajo, según el artículo del Decreto Legislativo 713[47]. Además, que en caso de que el trabajador laborase en un feriado tendrá que recibir un monto extra del cien por ciento de un día normal laborable[48].

En este sentido, concluimos que el beneficio de las vacaciones como del descanso por feriados constituyen también excepciones al carácter contraprestativo de la remuneración que se explicó *supra* II.1.

3.2.2. Maternidad

El supuesto sobre la Permiso por Lactancia se encuentra en la Ley 27240[49]. Este beneficio consiste en que se le concede a la madre trabajadora, al término

---

[45] **Artículo 6°.-** Son días feriados los siguientes:
- Año Nuevo (01 de enero)
- Jueves Santo y Viernes Santo (movibles)
- Día del Trabajo (01 de mayo)
- San Pedro y San Pablo (29 de junio)
- Fiestas Patrias (28 y 29 de julio)
- Santa Rosa de Lima (30 de agosto)
- Combate de Angamos (8 de octubre)
- Todos los Santos (01 de noviembre)
- Inmaculada Concepción (08 de diciembre)
- Navidad del Señor (25 de diciembre).

[46] **Artículo 5°.-** Los trabajadores tienen derecho a descanso remunerado en los días feriados señalados en esta Ley, así como en los que se determinen por dispositivo legal específico.

[47] **Artículo 8°.-** Los trabajadores tienen derecho a percibir por el día feriado no laborable la remuneración ordinaria correspondiente a un día de trabajo. Su abono se rige por lo dispuesto en el artículo 4° de la presente Ley, salvo el Día de Trabajo, que se percibirá sin condición alguna.

[48] **Artículo 9°.-** El trabajo efectuado en los días feriados no laborables sin descanso sustitutorio dará lugar al pago de la retribución correspondiente por la labor efectuada, con una sobretasa de 100%.

[49] Artículo 1°
1.1 La madre trabajadora, al término del período postnatal, tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, hasta que su hijo tenga un año de edad. En caso

del periodo post natal a poder dar de lactar a su hijo menor de un año de edad. Esto también tiene como finalidad indirecta que es el fomentar la lactancia materna en los infantes, ya que la leche materna es el mejor alimento para ellos y lo que se hace con esta licencia es que las madres trabajadores no dejen de alimentar a sus hijos por razones de trabajo.

Esta licencia otorgada a favor de la madre trabajadora no podrá ser objeto de descuento, por lo que a pesar de que ella no preste su fuerza laboral efectiva, el empleador no se eximirá del pago de la correspondiente remuneración como si efectivamente estuviera realizando el servicio en una jornada normal de trabajo.

Sobre el supuesto de las vacaciones otorgadas a la madre el cual está planteado en la ley 26644 que en su artículo 4[50] señala que la madre tendrá derecho al descanso vacacional anual remunerado.

La conclusión a la que llegamos en este punto es que existen otros supuestos en los cuales la remuneración no se considera como un elemento contraprestativo con respecto al trabajo efectivo desarrollado.

3.2.3. Descanso Semanal Asalariado

Lo definiremos como un beneficio que se le otorga al trabajador que consiste en la suspensión de su fuerza efectiva de trabajo dentro del período de una semana, pero este no será objeto de descuento por parte del empleador, sino más bien éste tendrá que cumplir con el pago de la remuneración, a pesar de aquél no realice la actividad productiva.

Dentro del ordenamiento jurídico peruano está consagrado en la Constitución Política del Perú, en su artículo 25[51] que sostiene que toda persona tiene

---

de parto múltiple, el permiso por lactancia materna se incrementará una hora más al día. Este permiso podrá ser fraccionado en dos tiempos iguales y será otorgado dentro de su jornada laboral, en ningún caso será materia de descuento.

1.2 La madre trabajadora y su empleador podrán convenir el horario en que se ejercerá el derecho establecido en el párrafo precedente.

1.3 El derecho que por la presente Ley se otorga no podrá ser compensado ni sustituido por ningún otro beneficio.

[50] Artículo 4°.- La trabajadora gestante tiene derecho a que el período de descanso vacacional por récord ya cumplido y aún pendiente de goce, se inicie a partir del día siguiente de vencido el descanso post-natal a que se refieren los artículos precedentes. Tal voluntad la deberá comunicar al empleador con una anticipación no menor de 15 días calendario al inicio del goce vacacional.

[51] Articulo 25°.-La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar dicho máximo. Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.

derecho al **descanso semanal y anual remunerados** (el subrayado nos pertenece). Además, existe la regulación legal sobre el descanso semanal remunerado, la cual se encuentra en el Decreto Legislativo N° 713 Ley sobre Descansos Remunerados de los Trabajadores del Sector Privado. Este descanso es de mínimo 24 horas por cada semana[52]. La remuneración que se pagará al trabajador en el día de descanso será equivalente al de la jornada ordinaria de trabajo[53].

La finalidad del descanso semanal es permitir al trabajador recuperarse física y mentalmente del esfuerzo desplegado durante la semana que ha realizado su actividad productiva a favor del empleador, además de que va a permitir al trabajador reponer las energías necesarias para comenzar su actividad productiva la siguiente semana. De la misma manera, tiene una finalidad indirecta que es que el trabajador pueda desenvolverse en otros ámbitos de la vida, como a la vida en familia o a la recreación que también son derechos que como toda persona, el trabajador detenta. Debe tenerse en cuenta que el trabajador tiene la facultad de disponer si toma o no el día libre y poder reemplazarlo por otro o acumularlo, como lo dice los artículos 2 y 3 del cuerpo legal antes mencionado[54]. Por lo que esto también constituye una excepción al carácter contraprestativo de la remuneración.

3.2.4. Contrato Intermitente

En primer lugar, debemos definir esta clase de contrato de trabajo. Para esto recurriremos a la LPCL que sostiene que el contrato intermitente es un contrato que nace de las necesidades de la empresa que tiene carácter permanente pero discontinuo[55]. Debemos tomar en cuenta que el contrato intermitente se firma

---

[52] Artículo 1°.- El trabajador tiene derecho como mínimo a 24 horas consecutivas de descanso en cada semana, el que se otorgará preferentemente en día domingo.

[53] Artículo 4°.- La remuneración por el día de descanso semanal obligatorio será equivalente al de una jornada ordinaria y se abonará en forma directamente proporcional al número de días efectivamente trabajados. El reglamento establecerá la forma de cómputo en los casos de trabajadores cuya remuneración se encuentre establecida por quincena o mes.

[54] Artículo 2°.- Cuando los requerimientos de la producción lo hagan indispensable, el empleador podrá establecer regímenes alternativos o acumulativos de jornadas de trabajo y descansos respetando la debida proporción, o designar como día de descanso uno distinto al domingo, determinando el día en que los trabajadores disfrutarán del descanso sustitutorio en forma individual o colectiva.
Artículo 3°.- Los trabajadores que laboran en su día de descanso sin sustituirlo por otro día en la misma semana, tendrán derecho al pago de la retribución correspondiente a la labor efectuada más una sobretasa del 100%..

[55] Artículo 64°.- Los contratos de servicio intermitente son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, para cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas.

ante el trabajador por única vez y que el trabajador suspende su fuerza efectiva de trabajo, no se suspende en contrato, pues este sigue vigente incluso cuando el trabajador no realiza su actividad, no necesita de la formación de un nuevo contrato y por tanto no necesitaría ejercer de un derecho preferencial en la contratación, pues el contrato primario sigue vigente.

Ahora debemos tomar en cuenta lo expresado en el artículo 66 de la LPCL[56], que dice que los derechos sociales del trabajador se computarán solo por el tiempo efectivamente trabajado. De aquí nos planteamos, ¿Qué pasa en los períodos en los que no se está prestando efectivamente el servicio? ¿Deberán ser remunerados?

Además, el artículo 79 de la misma ley, nos indica que los trabajadores con contratos laborales sujetos a modalidad tienen los mismos beneficios que los trabajadores de contrato a tiempo indeterminado[57].

Tomando en cuenta la doctrina, *Sanguinetti*[58], señala que el objeto del contrato intermitente trata de abarcar varios supuestos en los cuales se desarrollan trabajos productivos intercalando periodos de trabajo y de inactividad, por así requerirlo la peculiar dinámica productiva de la empresa. Bajo esta situación nos permitimos postular la siguiente premisa, que dentro de un contrato intermitente, donde existe trabajo por periodos y luego existen periodos donde no se presta trabajo efectivo sostendremos que nos encontramos en un supuesto de remuneración donde no existe contraprestación efectiva del trabajador para con su empleador. En ese orden de ideas sostendremos que el trabajador será remunerado a lo largo de toda la relación de trabajo, aún cuando este no se encuentre prestando sus servicios a la empresa.

Pensemos en el siguiente ejemplo, que exista un trabajador que realiza labores de diligencia, pero como la empresa para la cual presta sus servicios no ha

---

Estos contratos podrán efectuarse con el mismo trabajador, quien tendrá derecho preferencial en la contratación, pudiendo consignarse en el contrato primigenio tal derecho, el que operará en forma automática, sin necesidad de requerirse de nueva celebración de contrato o renovación.

[56] Articulo 66°.- El tiempo de servicios y los derechos sociales del trabajador contratado bajo esta modalidad se determinarán en función del tiempo efectivamente laborado.

[57] Artículo 79°.- Los trabajadores contratados conforme al presente Título tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por Ley, pacto o costumbre tuvieran los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminado, del respectivo centro de trabajo y a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el periodo de prueba.

[58] SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Los contratos de trabajo de duración determinada, comentarios al Título II de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral*, ARA Editores, Lima, 1999, p. 68.

tenido actividad en los últimos tres meses, en la misma línea argumentativa podremos decir que cuando el trabajador no se encuentra realizando esas labores del transporte de documentos el empleador no deba suspender su obligación de pagar la deuda laboral, mediante la remuneración. El autor[59] sostiene que las necesidades contempladas en este contrato son de naturaleza permanente. Esta posición queda reforzada cuando el articulado señala que este trabajador tiene derecho preferencial en la contratación, por ello sostenemos que aun cuando en el operario no se encuentre realizando una labor efectiva de trabajo, se produce un supuesto de «remuneración» por no realizar su prestación laboral.

Es por ello que la regla general que debe ser admitida en todos los contratos intermitentes[60] es aquella en que se remunera inclusive si el trabajador no se encuentra prestando efectivamente la fuerza efectiva de trabajo, es decir, la remuneración, en este escenario, no reviste su carácter eminentemente contraprestativo.

SANGUINETTI sostiene que la permanecía del trabajador queda supeditada, de este modo, a la concurrencia de las dos siguientes circunstancias: bien la contratación – se entiende que al menos en dos oportunidades de « el mismo trabajador», el cual adquiriría a partir de entonces «derecho preferencial en la recontratación» por mandato expreso de la Ley, o bien la inclusión «en el contrato primigenio» de dicho derecho preferencial, que operaría desde ese de forma automática, sin necesidad de requerirse de nueva celebración de contrato o renovación. Es evidente, que por ambas vías, la permanencia del trabajo, pese al carácter no temporal de las labores queda supeditada a la concurrencia de la voluntad favorable del empleador, deberá manifestarse a través de su

---

[59] *Op. cit.* p. 68.

[60] SANGUINETTI sostiene que la permanecía del trabajador queda supeditada, de este modo, a la concurrencia de las dos siguientes circunstancias: bien la contratación – se entiende que al menos en dos oportunidades de « el mismo trabajador», el cual adquiriría a partir de entonces «derecho preferencial en la recontratación» por mandato expreso de la Ley, o bien la inclusión «en el contrato primigenio» de dicho derecho preferencial, que operaría desde ese de forma automática, sin necesidad de requerirse de nueva celebración de contrato o renovación.
Es evidente, que por ambas vías, la permanencia del trabajo, pese al carácter no temporal de las labores queda supeditada a la concurrencia de la voluntad favorable del empleador, deberá manifestarse a través de su recontratación al menos por una vez, o de la inclusión del citado derecho preferencial en el contrato originario.
Por ello, SANGUINETI concluye que no supone que se extingue el vínculo laboral con la conclusión de cada periodo de actividad, sino que se suspende reanudando sus efectos al iniciarse uno nuevo. En este sentido creemos que no existe una suspensión de la prestación del empleador pero si se puede suspender la actividad desempeñada del trabajador.

recontratación al menos por una vez, o de la inclusión del citado derecho preferencial en el contrato originario. Por ello, SANGUINETTI concluye que no supone que se extingue el vínculo laboral con la conclusión de cada periodo de actividad, sino que se suspende reanudando sus efectos al iniciarse uno nuevo.

En este sentido creemos que no existe una suspensión de la prestación del empleador pero si se puede suspender la actividad desempeñada del trabajador, por lo que concluimos que este representa una excepción más que comprueba que el la remuneración no tiene un mero carácter contraprestativo.

CONCLUSIONES

1. En todos los contratos de trabajos a la contrapartida de la remuneración encontramos la fuerza de trabajo que es la actividad que realiza el operario.
2. La fuerza efectiva de trabajo está dirigido a obtener una ventaja patrimonial para la persona que lo realiza, es decir quien realiza esta actividad debe obtener alguna ventaja económica.
3. En la legislación laboral peruana no existe un reconocimiento expreso del concepto de suficiencia, el único reconocimiento es el registrado en el artículo 24 de la norma constitucional que es meramente enunciativo.
4. El beneficio de las vacaciones como del descanso por feriados constituyen también excepciones al carácter contraprestativo de la remuneración.
5. Consideramos que también son excepción de la contraprestatividad de la remuneración: la licencia por maternidad.
6. Consideramos otra excepción a la contraprestatividad es el descanso semanal.
7. El contrato intermitente representa una excepción que comprueba que el la remuneración no tiene un mero carácter contraprestativo bajo esta conclusión arribamos a que no se puede señalar legislativamente que no tienen derecho a la remuneración por el trabajo que no han realizado.
8. Lo que se ha demostrado en el presente artículo es que este carácter contraprestativo no es una regla para definir a la remuneración, cuestión que es realizada por la legislación peruana y por gran parte de la doctrina, por lo que creemos que puede ser catalogada como un supuesto donde se suspenden las obligaciones derivadas del contrato, es por esta razón que la llamaremos suspensión imperfecta de las obligaciones recíprocas.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, Manuel / CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo*, Universidad de Madrid, Madrid, 1991.

AVALOS JARA, Oxal Víctor, «El pago de la remuneración devengada a través de proceso de amparo», en *Diálogo con la jurisprudencia: Cuadernillos Jurisprudenciales*, N° 58, Lima, 2006.

CONFLITTI C, Mario, *Sueldo y jornales: teorías, caracteres, requisitos, remuneración, adquisición, prueba y pérdida de garantías de pago*, Buenos Aires, 1988.

MIELIJ, Gustavo Raúl, *Contrato de Trabajo*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1981.

MORALES CORRALES, Pedro, «La Frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente», en *Ius Et Praxis*, N° 32, 2001.

NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho Laboral*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004.

PIZARRO DÍAZ, Mónica, *La remuneración en el Perú, Análisis Jurídico Laboral*, Estudio Gonzáles & Asociados Consultores Laborales S. C., Lima, 2006.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Los contratos de trabajo de duración determinada, comentarios al Título II de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral*, ARA Editores, Lima, 1999.

«S/A Remuneración Mínima Vital, Último Reajuste Enero 2008», en *Análisis Laboral N° X Enero 2008*, Lima, p. 30, Versión digital.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, «La remuneración: una visión comparativa entre la legislación de hoy y el anteproyecto de ley general de trabajo», en *Laborem*, Lima, N° 3, 2003.

VALDEZ DAL-RE, Fernando, «La externalización de actividades laborales», en *Pedradas Moreno La externalización de actividades laborales*, Valladolid, 2002.

EL DESCANSO VACACIONAL ANUAL DE LOS TRABAJADORES CON CONTRATO A TIEMPO PARCIAL ¿TIENEN DERECHO?

Yossely Lizeth Delgado Aquino
Universidad Nacional San Agustín
Arequipa

INTRODUCCIÓN

En materia del Derecho Laboral, en la realidad peruana, se han presentado y se siguen presentando diversos problemas en cuanto a la aplicación de normas, puesto que las mismas no se encuentran consolidadas, es decir que no están comprendidas en un Código, o en una Ley General del Trabajo, lo que hace difícil su aplicación.

Siendo que, otro gran problema son las omisiones que se presentan en algunos temas sobre aspectos importantes, como es el caso del derecho al descanso vacacional anual en el contrato de trabajo a tiempo parcial, modalidad de contrato que es usada con mayor frecuencia cada día por los empleadores, considerada por algunos como un contrato de trabajo que recorta derechos laborales al trabajador, es decir, que le otorga menos derechos, es así que diversos autores sostienen que los trabajadores a tiempo parcial no tienen derecho al descanso vacacional anual, al respecto Jorge CASTILLO GUZMÁN, Jaime ABAL ABARCA y Susana SÁNCHEZ EDWARDS, señalan: «por lo tanto los trabajadores a tiempo parcial no tendrán derecho a la CTS, protección contra el despido arbitrario y otros beneficios para cuya percepción se exige trabajar, por lo menos cuatro horas diarias»[1], al respecto también se tiene lo señalado en la síntesis de la legislación laboral,

[1] CASTILLO GUZMÁN, Jorge / ABAL ABARCA, Jaime / SÁNCHEZ EDWARDS, Susana, *Compendio de Derecho Individual del Trabajo*, 4ª ed., Tinco, diciembre 2007, p. 269.

Resolución Ministerial N° 136-2001-TR, que respecto de las vacaciones anuales señala: «requisitos para gozar del descanso: el trabajador que cumpla con una jornada ordinaria mínima de cuatro (4) horas tiene derecho a treinta(30) días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios».

En el caso del contrato de trabajo a tiempo parcial la legislación laboral vigente ha omitido pronunciarse sobre los descansos vacacionales anuales de los trabajadores sujetos a este tipo de contrato; puesto que el inciso a) del articulo 12° del Decreto Legislativo 713° otorga el derecho de descanso vacacional anual, a los trabajadores que hayan laborado por lo menos cuatro horas; Sin embargo en la propuesta de la Ley General Del Trabajo, aprobada por el dictamen de la comisión del trabajo el siete de mayo del dos mil siete, en su artículo 33° señala que: «los trabajadores a tiempo parcial gozan de los derechos que la ley reconoce a los trabajadores contratados a tiempo completo»; es así que, si entrara en vigencia la Ley General del Trabajo no habría problema alguno.

Siendo que la legislación vigente no regula el derecho al descanso vacacional anual de los trabajadores con contrato laboral a tiempo parcial, contrato conocido como *Part Time*, en este artículo se tratará de determinar, si les corresponde el pago de dicho beneficio, ya que como se señaló anteriormente dicho contrato está siendo usado con mucha más frecuencia por los empleadores.

Finalmente, la Constitución Política del Perú de 1993, establece que toda persona tiene el deber y el derecho de trabajar y a gozar de un descanso semanal y anual, derechos reconocidos que en algunas ocasiones requieren de la aplicación de Convenios Internacionales ratificados por el Estado, para que no se vulneren derechos, como es el caso del derecho al descanso vacacional anual de los trabajadores con contrato laboral a tiempo parcial.

I. DERECHO AL DESCANSO VACACIONAL ANUAL

El derecho al descanso vacacional anual remunerado tiene reconocimiento en las normas internacionales sobre Derechos Humanos, en nuestra Constitución y en la Ley. Y en determinados aspectos suele ser un tema de controversia en la doctrina y jurisprudencia peruana.

Respecto a la regulación de las vacaciones, Jorge TOYAMA MIYAGUZUKU[2] refiere: «son uno de los beneficios universales laborales pero su tratamiento presenta una serie de variantes en los sistemas positivos, tanto por su fuente de regulación como su contenido», lo que denota que en cada país, tiene una regulación propia su otorgamiento.

---

[2] TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Instituciones del Derecho Laboral*, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Junio 2004, p. 404.

I.1. De origen en las convenciones internacionales de derechos humanos

El derecho al descanso es un derecho humano, que se encuentra reconocido en diferentes Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, así tenemos:

> El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en el artículo 7° inciso d), establece: «los estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:...d)el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como las remuneraciones de los días efectivos», comprometiéndose el estado peruano a otorgar este derecho sin discriminación, de acuerdo al inciso 2) del artículo 2° del Pacto referido, que establece: «los estados partes en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna, por motivos de raza color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».
>
> El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales «Protocolo de San Salvador»[3], articulo 7° inciso h), que establece: «Los estados partes del presente protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el articulo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos estados garantizaran en sus legislaciones nacionales, de manera particular:...h) el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de días feriados nacionales», comprometiéndose el estado peruano a otorgar este derecho sin discriminación, de acuerdo al inciso 3) del Protocolo referido, que establece: «los estados partes en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna, por motivos de raza color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».
>
> Además, se tiene el Convenio 52 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre derecho vacacional, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13284 que en su articulo 2° señala: «toda persona a la que se aplique el presente convenio tendrá derecho, después

[3] Ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26448.

de un año de servicio continuo, a unas vacaciones anuales pagadas de seis días laborables, por lo menos».

I.2. De origen constitucional

Constitucionalmente el derecho al descanso se encuentra regulado en:

- El artículo 2, inciso 22 de la Constitución Política del Perú de 1993 que señala: «toda persona tiene derecho: 22.. .. al disfrute del tiempo libre y al descanso...».
- El articulo 25° de la Constitución Política del Perú de 1993, en su segundo párrafo señala que: «los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio». derecho que se encontraba reconocido en el artículo 44°, tercer párrafo de la constitución de 1979, derogada.

Es así que la Constitución Política del Perú de 1993, en los artículos antes mencionados reconoce el derecho al descanso vacacional anual remunerado, pero no hace referencia a los requisitos que deben cumplir los trabajadores sujetos a un contrato de trabajo, para obtener dicho derecho, como tampoco hace referencia a su contenido, ni a su duración.

Es decir, que la Constitución de 1993 no diferencia en el ámbito subjetivo la aplicación del descanso vacacional anual, respecto del cumplimiento de una jornada mínima o máxima para acceder a este derecho.

Además, el Tribunal Constitucional señala «que el ejercicio del derecho al descanso y al disfrute de tiempo libre guarda estrecha relación con la implantación de una jornada de trabajo razonable, entonces la jornada de trabajo no puede ser un impedimento para el adecuado ejercicio del mencionado derecho o convertirlo en impracticable»[4]; por lo tanto, para el ámbito del presente articulo, la duración de la jornada de trabajo, debe tener un tiempo razonable de descanso vacacional anual.

I.3. De origen legal

En nuestro Ordenamiento Jurídico, el derecho al descanso vacacional anual se encuentra regulado por el Decreto Legislativo 713°, publicado en el diario oficial El Peruano, el 8 de noviembre de 1991, Ley de Descansos Remunerados, en sus artículos 10° a 23°, en los que regula el derecho, estableciendo el record vacacional a cumplir, la oportunidad del descanso, el monto de la remuneración vacacional, entre otros aspectos.

---

[4] Expediente N° 4635-2004-AA, 17/04/06, p. FJ.20.

– Requisitos para el otorgamiento del Descanso Vacacional Anual

Se establece que para el uso físico debe haber cumplido con laborar el año completo de servicios, condicionando el cumplimiento del record a determinado numero de días efectivos laborados en la semana por el trabajador.

Sin embargo, el articulo 12° del Decreto referido, establece que para efectos del record vacacional se considera como días efectivos de trabajo, entre otros, la jornada ordinaria mínima de cuatro horas, con lo que se determina que sólo pueden cumplir el record establecido en el artículo 10°[5], aquellos trabajadores sujetos a un contrato laboral, que hayan laborado una jornada diaria de cuatro horas o más.

En consecuencia, los trabajadores con contrato de trabajo a tiempo parcial, desde el punto de vista legal, no tendrían derecho al descanso vacacional anual; máxime si se tiene presente que el Decreto Legislativo 713°, concordado con el Reglamento del Decreto Legislativo 713°, aprobado por Decreto Supremo 012-92-TR, que establece en su articulo 11° que para tener derecho al descanso vacacional anual el trabajador tiene que laborar una jornada mínima de cuatro horas, estableciendo que: «tiene derecho a descanso vacacional anual el trabajador que cumple una jornada ordinaria mínima de cuatro horas, siempre que haya cumplido dentro del año de servicios, el record previsto en el articulo 10° del Decreto Legislativo», en consecuencia, el artículo antes mencionado omite regular en forma especifica el derecho al descanso vacacional anual remunerado para los trabajadores con contrato de trabajo a tiempo parcial.

II. CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

II.1. Alcances en la normativa laboral

En nuestro país el contrato de trabajo a tiempo parcial, esta regulado en el tercer párrafo del articulo 4° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo

---

[5] Decreto Legislativo 713°, Articulo 10°:
El trabajador tiene derecho a treinta días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios. Dicho Derecho estas condicionado, además, al cumplimiento del record que se señal a continuación:
a) Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria es de seis días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos sesenta días en dicho periodo.
b) Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria sea de cinco días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos diez días en dicho periodo.
En los casos en que el plan de trabajo se desarrolle en sólo cuatro o tres días a la semana o sufra paralizaciones temporales autorizadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo, los trabajadores tendrán derecho al goce vacacional, siempre que sus faltas injustificadas no excedan de diez en dicho periodo. Se consideran faltas injustificadas las ausencias no computables para el record conforme al artículo 13° de esta Ley».

728°, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo 003-97-TR, que señala: «también puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna»; por lo que, se podría afirmar que un trabajador se encuentra sujeto a un contrato de trabajo a tiempo parcial cuando labora por un número de horas inferior a la jornada ordinaria mínima, es decir menos de cuatro horas.

Al respecto, también se tiene el Reglamento del Decreto Legislativo 728, aprobado por Decreto Supremo 001-96-TR, que establece: «Los trabajadores contratados a tiempo parcial tiene derecho a los beneficios, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro horas diarias de labor».

Con lo que establecido que una de las características esenciales del contrato de trabajo a tiempo parcial es que tiene una jornada inferior a las cuatro horas.

II.2. Antecedentes del contrato a tiempo parcial en el derecho comparado

Los ordenamientos comparados regulan el contrato de trabajo a tiempo parcial, con la clara intencionalidad de promover su utilización es decir que las regulaciones, lejos de obstaculizar el trabajo a tiempo parcial, intentan promoverlo definiendo condiciones mínimas y controles que, sin perjuicio de la necesaria flexibilidad, impidan su utilización abusiva.

Dentro de este orden de ideas sobresalen las garantías a la «igualdad de trato» con el resto de los trabajadores a jornada completa, que alcanzan a las normas de protección contra el despido y a los derechos de representación colectiva, así tenemos que:

a) El trabajo a tiempo parcial en España

Está regulado desde 1984, mediante el Real Decreto 1991. Antes de esa normativa, la ley de contrato de trabajo, de 1964, había admitido este sistema de contratación –igual que el caso Argentino– sobre la base del acuerdo entre partes, imponiendo que no obstante el achicamiento de la jornada, las cotizaciones a la seguridad social debían registrar igual volumen que si el contrato fuese a tiempo completo. El estatuto de los trabajadores, de 1980, introdujo el trabajo a tiempo parcial, destinado a personas con dificultades de inserción laboral, y por el tiempo que durase la crisis, siempre que se tratara de prestaciones diarias, semanales o mensuales en extensión inferior a los dos tercios de la jornada completa habitual de la actividad. La normativa vigente hoy mantiene ese acotamiento, pero sin limitar bajo ningún aspecto el ámbito de validez personal de los trabajadores comprendidos.

b) El trabajo a tiempo parcial en Francia

La legislación francesa no ha regulado específicamente el caso del trabajo a tiempo parcial, y limitándose a precisar cómo se determina el cálculo salarial

del trabajador que presta servicios en esa forma, de modo que el sistema queda incorporado de manera indirecta.

c) El trabajo a tiempo parcial en Alemania

En Alemania, el 15% de los asalariados presta servicios bajo la forma del trabajo a tiempo parcial, con una enorme mayoría de mujeres (nueve de cada diez trabajadores). La regulación de este sistema de contratación indica que quien trabaje menos de quince horas semanales no está obligado a afiliarse a la Seguridad Social, siempre que sus ingresos sean, además, inferiores a determinados límites. Como bien apunta DAUBLER, esta situación de no obligatoriedad respecto de la seguridad social, aparece como un buen incentivo para que los empleadores contraten trabajadores a tiempo parcial, a un costo muy reducido. A la vez, connota un riesgo muy severo para los dependientes, que ven esfumarse sus coberturas en caso de enfermedad y vejez. La normativa germana no prescribe ninguna formalidad diferente para esta clase de contrato, pero impone la prohibición de discriminar con relación al vínculo de tiempo completo.

d) El trabajo a tiempo parcial en Argentina

La situación del trabajo a tiempo parcial no había merecido tratamiento legislativo en modo expreso hasta la ley 24.465 del año 1995. Consecuencia de lo que afirma DAUBLER, en el sentido de que los trabajadores que acceden al contrato de tiempo parcial lo hacen por una razón de necesidad, como es la urgencia de trabajar, y por un imperativo de la realidad, que es el creciente desempleo. Argentina no padeció grandes tasas de desocupación hasta 1990, ni tampoco se vio precisada, hasta esa misma época, de acudir a nuevas formas de organizar el trabajo en jornadas de tiempo parcial. A pesar de no estar regulado el contrato a tiempo parcial, al no estar prohibido podía considerarse una modalidad legal.

III. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA OMISIÓN DE REGULAR EL DERECHO AL DESCANSO VACACIONAL ANUAL DE LOS TRABAJADORES EN EL CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

III.1. La acción de inconstitucionalidad por omisión

– Aspectos Generales

El autor Ignacio VILLAVERDE, afirma que la omisión inconstitucional, es cuándo el silencio del legislador o de sus leyes puede crear o conservar situaciones contrarias a la Constitución[6].

---

[6] GARCÍA TOMA, Víctor, «La Jurisdicción Constitucional, las Garantías Constitucionales y la Omisión Legislativa», en *Cuadernos Jurisprudenciales*, año 1, N° 8, Febrero del 2002, p. 4.

El autor nacional Víctor GARCÍA TOMA, sostiene que, en el examen de inconstitucionalidad por omisión legislativa se examina si el incumplimiento de legislar sobre una determinada materia dispuesta por la constitución produce una violación de la misma, dicho autor asimismo considera, que la modalidad de la inconstitucionalidad por omisión legislativa aparece como consecuencia de las transgresiones a la constitución por ocio, incuria, negligencia, etc., del órgano legislativo. En puridad se trata del examen de inconstitucionalidad por abstención en la elaboración de actos normativos. Esta omisión, inactividad, inacción, o un non facere por parte del legislador ordinario, se presenta como un desobedecimiento del encargo que la propia constitución le ha formulado para que dicte una ley que haga viable su ulterior desarrollo[7]. José GOMES CANOTILHO, precisa que la omisión legislativa inconstitucional es el incumplimiento de mandatos permanentes y concretos[8].

Es decir, que la inconstitucionalidad por omisión, es el acto inconstitucional que se produce a raíz de la trasgresión que realiza el legislador a la norma constitucional al incumplir con su deber de legislar las materias que le encomienda la constitución, produciendo con ello situaciones contrarias a ésta, así, la acción de inconstitucionalidad por omisión será la acción propuesta que tiene como fin preservar la supremacía de la constitución y evitar que se vulnere con el silencio del legislador la constitución.

III.2. Inconstitucionalidad de la omisión de regular el descanso vacacional anual de los trabajadores sujetos a un contrato de trabajo a tiempo parcial

La Constitución Política de 1993, en el articulo 25° segundo párrafo, concordante con los tratados internacionales, que sobre la materia a suscrito nuestro país, otorgan con carácter general el derecho al descanso vacacional anual, con la única atingencia, que debe entenderse por trabajador a aquellos que se encuentran con contrato de trabajo.

Es así que, el derecho al descanso vacacional anual siendo un derecho humano y constitucional, corresponde a los trabajadores sujetos a contrato de

---

[7] GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional*, 4ª ed., Libraría Almedina, Coimbra, 1987, p. 829, citado por Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «La Inconstitucionalidad por omisión. ¿Cauce de tutela de los Derechos de naturaleza socioeconómica?», en *Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales*, Themis, Santa Fe de Bogota, p. 14.

[8] BIDART CAMPOS, German J., «La Justicia Constitucional y la Inconstitucionalidad por Omisión», en *Anuario Jurídico*, UNAM, núm. VI, México, D.F., 1979, pp. 9 y ss. También en *El Derecho*, t. 78, Buenos Aires, pp. 785 y ss., citado por citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *op. cit.*, p. 76.

trabajo en general, es decir sin tener incidencia alguna la modalidad de contrato (incluido el contrato de trabajo a tiempo parcial, con una jornada inferior a cuatro horas diarias), por lo que no se debe hacer distinción alguna, en lo que respecta al otorgamiento del

Derecho, lo que no sucede en cuanto a la regulación de su disfrute y compensación.

Por lo tanto conforme lo afirma Víctor García Toma[9], dicha omisión legislativa sería inconstitucional, por que «esta omisión, inaptitud, inacción, o un non facere por parte del legislador ordinario, se presenta como un incumplimiento del encargo que la propia Constitución le ha formulado para que dicte una Ley que haga viable parte de su ulterior practica», que se encuentran reguladas en la constitución, específicamente su artículo 25°.

Si bien la constitución ha reservado la regulación de los descansos semanal y anual remunerados, es decir su disfrute y su compensación, para que se desarrolle a través de una ley, en sentido formal; el Decreto Legislativo 713°, al no regular el derecho al descanso vacacional anual a los trabajadores con contrato laboral a tiempo parcial vacía de contenido el mandato constitucional, establecido en el articulo 25°, el cual reconoce el derecho a descanso anual a todos lo trabajadores sin distinción.

IV. POSIBLES SOLUCIONES AL PROBLEMA DEL OTORGAMIENTO DEL DESCANSO VACACIONAL ANUAL DE LOS TRABAJADORES SUJETOS A UN CONTRATO A TIEMPO PARCIAL

IV.1. Inconstitucionalidad del inciso a) del artículo 12° del Decreto Legislativo 713

Una de las posibles soluciones, al pronunciarse el legislador en el inciso a) del artículo 12° del Decreto Legislativo, que para efectos de la acumulación del record vacacional sólo se cuenta la jornada de trabajo de cuatro o más horas, con lo cual excluye el derecho al descanso vacacional anual a los trabajadores sujetos a un contrato de trabajo a tiempo parcial; sería establecer la inconstitucionalidad de la norma referida.

Podría declararse la inconstitucional de dicha disposición, puesto que va en contra de la Constitución, que regula el descanso vacacional anual en forma general sin hacer distinción alguna y además podría argumentarse la violación al principio de igualdad; lo que no sucedía con el artículo 7° del Decreto Legislativo 713, hasta antes de su modificación por la ley 26331 del veintidós de junio de mil

---

[9] García Toma, Víctor, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 1ª ed., Palestra, Lima, abril, 2005, p. 564.

novecientos noventa y cuatro, que establecía que los trabajadores que prestaban servicios menos de cuatro horas al día también tenían derecho a vacaciones[10].

IV.2. De la constitucionalidad del inciso a) del artículo 12° del Decreto Legislativo 713

Otra de las soluciones, a la cual me adhiero, es que si bien existe una omisión por parte del legislador en cuanto a la regulación del derecho al descanso vacacional anual de los trabajadores sujetos a un contrato de trabajo a tiempo parcial, este problema podría solucionarse aplicando el Convenio número 52 sobre las vacaciones pagadas, lo cual se sustenta en lo siguiente:

i) La Constitucionalidad del inciso a) del artículo 12° del Decreto Legislativo, en aplicación del principios de conservación de la ley, la que conforme lo señala el Tribunal Constitucional en el expediente 0010-2002-AI-TC: «...se deberá tener en cuenta el criterio jurídico y político de evitar en lo posible la eliminación de disposiciones legales, para no propender a la creación de vacíos normativos que puedan afectar negativamente a la sociedad, con la consiguiente violación de la Seguridad Jurídica», en este sentido Marcial RUBIO CORREA[11] señala que: «el Tribunal Constitucional tiene una visión sistemática del derecho: «lo considera un sistema que es un conjunto de partes interrelacionadas con principios comunes. Por consiguiente, quitar una norma del sistema es como quitar un engranaje de una maquina: nunca sabremos si será necesario, si impedirá operar debidamente al conjunto y, en todo caso, lo más probable es que deba ser sustituida por otra. Como la sustitución de normas declaradas inconstitucionales no es automática, efectivamente se pueden conducir vacíos y fracturas en el derecho que signifiquen una operación inadecuada de este»; es así que, no se podría declarar inconstitucional del inciso a) en cuestión, puesto que se crearía vacíos normativos, lo que se debe hacer es complementar lo señalado en la Constitución con el Convenio 52 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre vacaciones anuales.

ii) Además, si cabe una interpretación constitucional del inciso a) del artículo 12° del Decreto Legislativo, en el sentido que esta disposición y en general el Título III del Decreto Legislativo 713 regulan las vacaciones a favor únicamente de los trabajadores con contrato de trabajo

---

[10] RENDON VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho del Trabajo Individual, relaciones individuales en la actividad privada*, Edial, 5ª ed., enero 2001, p. 258.

[11] RUBIO CORREA, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2005, pp. 126-127.

con jornada de cuatro a más horas diarias; puesto que lo contrario sería igual a desiguales, puesto los trabajadores con contrato de trabajo a tiempo parcial, sus prestaciones de servicios son diferentes.

iii) El Convenio 52 resulta aplicable de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política del Perú de 1993, de acuerdo con la Cuarta Disposición Final y Transitoria en la que se señala que: «*las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú se interpretan de conformidad con las normas internacionales sobre Derechos Humanos aprobadas por el Perú*», en tal sentido, este convenio sirve de marco para el desarrollo normativo del derecho de descanso vacacional anual.

iv) Además una de las fuentes del derecho del trabajo en el Perú, son las fuentes internacionales que a decir de Javier AREVALO VELA[12], son aquellas que: «están constituidas por todos aquellos tratados internacionales con contenido relativo al Derecho Laboral que hayan sido aprobadas por el congreso ratificadas por el Poder Ejecutivo, siendo que los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, son tratados internacionales en materia de trabajo y Seguridad Social, que cada estado miembro puede firmar y ratificar, quedando a partir de ese momento obligado a su cumplimiento». Por lo que en el caso del descanso vacacional anual se debe aplicar el convenio antes referido.

v) Teniendo presente también que, al otorgarse el derecho de descanso vacacional anual a los trabajadores con contrato laboral a tiempo parcial, en cuanto a su disfrute y compensación se debe tener en cuenta el Principio de proporcionalidad y razonabilidad, puesto que no seria razonable que a un trabajador sujeto a un contrato de trabajo a tiempo parcial se le otorgue el mismo disfrute y compensación por vacaciones anuales que a un trabajador con contrato de trabajo a tiempo indeterminado, puesto que como se ha expresado realizar prestaciones diferentes. Señalando, que con esto no se hace discriminación[13], solamente se está haciendo una diferenciación[14], ya que si bien ambos trabajadores

---

[12] AREVALO VELA, Javier, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Grijley, edición 2008, p. 56.

[13] La discriminación es(...) el trato diferenciado que se da a una persona por determinadas cuestiones, lo que imposibilita su acceso a oportunidades esenciales las que otros, en su misma condición tiene derecho. (Exp. N° 0090-2004-AA, 05/07/04.P, FJ 43)

[14] La diferenciación implica una relación efectiva entre el trato desigual que se establece, el supuesto de hecho y la finalidad que se persigue alcanzar. (Exp. N° 0261-2003-AA, 26/03/03.P, FJ 3.2).

están sujetos a un contrato de trabajo y cumplen una función especifica, la única diferencia es la jornada de trabajo que origina la diferencia en la prestación de sus servicios; por lo que el derecho al descanso vacacional anual se debe pagar en forma proporcional a las horas de trabajo realizadas, esto último sería lo razonable.

V. DESCANSO ANUAL DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL: DISFRUTE Y COMPENSACIÓN

Respecto a si los trabajadores con contrato a tiempo parcial deben tener derecho al descanso vacacional anual, los autores Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU, y Luis VINATEA RECOBA[15], señalan: «en concreto, estos trabajadores no tienen derecho a la compensación por tiempo de servicios (CTS) ni la estabilidad laboral; en el caso de las vacaciones según las normas internas no tendrían este derecho pero de conformidad con el convenio OIT N°52 aprobado por Perú si deberían gozar de este beneficio (siete días naturales por año de servicios). Todos los demás derechos y beneficios no indicados precedentemente, deben ser gozados por estos trabajadores», aunque cabe señalar que en la primera edición de su libro de referencia, negaba el derecho a descanso vacacional anual a los trabajadores con contrato de trabajo a tiempo parcial.

Soy de la opinión que ante la omisión de la legislación interna anotada, para solucionar el caso, necesariamente tenemos que recurrir al Convenio 52 sobre las vacaciones pagadas de 1936, suscrito en la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el Perú el primero de febrero de 1960, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13284, que establece en su articulo 2° lo siguiente: «1. Toda persona a la que se aplique el presente convenio tendrá derecho, después de un año de servicio continuo, a unas vacaciones anuales pagadas de seis días laborables, por lo menos», convenio que se aplica a los trabajadores de empresas de establecimientos públicos y privados a que se refiere su articulo 1°.

Finalmente, el hecho que exista una diferencia de labor de un trabajador con contrato de trabajo de duración indeterminada con un trabajador con contrato de trabajo a tiempo parcial, esencialmente respecto a la duración de la jornada de trabajo, esta diferencia nos lleva a afirmar que efectivamente les corresponde descansos anuales diferenciados; pero lo que no resulta razonable, es privar del derecho a descanso vacacional anual a los trabajadores con contrato de trabajo a tiempo parcial.

---

[15] TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge / VINATEA RECOBA, Luis, *Guía Laboral - Guía Legal de problemas y soluciones laborales*, 3ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, Junio 2003, p. 24.

CONCLUSIONES

1. El derecho de los trabajadores con contrato a tiempo parcial al descanso vacacional anual, es uno de los puntos problemáticos que existe entre la legislación interna y la internacional, puesto que como se expuso anteriormente la legislación interna exige como requisito para el goce vacacional que los trabajadores cumplan con laborar como mínimo cuatro horas, mientras que el Convenio 52 de la Organización Internacional del Trabajo no excluye del derecho a las vacaciones anuales, a los trabajadores con contrato laboral a tiempo parcial.
2. Ante una evidente Inconstitucionalidad por Omisión, contenida en el Decreto Legislativo 713°, al no regular sobre los descansos vacacionales anuales de los trabajadores con contrato de trabajo a tiempo parcial, el Congreso de la República se encuentra en la obligación de regular dicha omisión.
3. Por lo que en aplicación del Convenio 52, corresponde a los trabajadores con contrato laboral a tiempo parcial, gozar de descanso vacacional anual pagadas por seis días laborales, en tanto el legislador complete la omisión existente.

BIBLIOGRAFÍA

AREVALO VELA, Javier, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Grijley, 2008.

BIDART CAMPOS, Germán, «La Justicia Constitucional y la Inconstitucionalidad por Omisión», en *Anuario Jurídico*, núm. VI, UNAM, México, D.F., 1979.

CASTILLO GUZMÁN, Jorge *et al.*, *Compendio de Derecho Individual del Trabajo*, 4ª ed., Estudio Caballero Bustamante, Tinco, Diciembre 2007.

GARCÍA TOMA, Víctor, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 1ª ed., Palestra, Lima, abril 2005, p. 564.

RENDON VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho del Trabajo Individual, relaciones individuales en la actividad privada*, Edial, 5ª ed., enero 2001.

RUBIO CORREA, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Instituciones del Derecho Laboral*, Gaceta Jurídica, 1ª ed., Junio 2004.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge / VINATEA RECOBA, Luis, *Guía Laboral- Guía Legal de problemas y soluciones laborales*, 3ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, Junio 2003.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Agosto 2006.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE EMPLEABILIDAD EN JÓVENES

Cynthia Socorro Gosicha Vidal
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima)

INTRODUCCIÓN

La empleabilidad es un concepto que tiene basto desarrollo doctrinal, la cual recalca su valor trascendental en la sociedad, sin embargo no tiene acogida legislativamente por nuestro país, esto conlleva preguntarse ¿Qué es la empleabilidad y por que es importante en nuestra sociedad? y si es así ¿Porqué no tiene acogida legislativa?

La empleabilidad es el conjunto de calificaciones, conocimientos y competencias que aumentan la capacidad de los trabajadores para conseguir y conservar un empleo y todo lo que ello trae consigo, su importancia trasciende a causa de la mundialización, los progresos técnicos y las nuevas formas de organización del trabajo, siendo así que los logros de un país dependerán de que se cuenta con tecnología y personal calificado que este en la capacidad de enfrentar la inestabilidad.

Al respecto, se considera que serán sobre todo los jóvenes de más bajos recursos, quienes se enfrenarán al riesgo de la exclusión del mercado de trabajo, uno que cada vez es más competitivo. Esto se da porque aquellos buscan ingresar a él no cuentan con las herramientas básicas que proporcionan la empleabilidad y en condición altamente desventajosas.

Es así que a partir de un estudio a la realidad de nuestro país a partir de los años 90, que reflejará datos de una dura realidad que viven los jóvenes más pobres y de lo difícil que es para ellos insertarse en el mercado laboral, se concederá la importancia de la empleabilidad en los jóvenes. Entonces, ¿Por qué no se ha recogido legislativamente dicho concepto? Esto es debido a que nuestro país solo cuenta con programas de capacitación laboral para jóvenes, lo que no

implica una Política Pública de Empleabilidad que conlleve al desarrollo legislativo que la promueva.

En ese sentido, ¿Por qué no se ha implementado una política pública de empleabilidad en jóvenes que pretenda mejorar la situación de millones de jóvenes que se encuentran en situación de pobreza?

A través del presente trabajo se tratará de desarrollar esta ideas, en la primera parte trataremos el tema de empleabilidad, señalándose su importancia y tratando de dar una definición, asimismo se desarrollará la importancia de actualmente tiene la empleabilidad sobre todo en los jóvenes. Como segundo punto, se abordará la empleabiliiidad en el Perú, para el desarrollo de dicho punto se referirá a la Reforma Laboral de los 90, fecha a partir de la cual se flexibilizo de manera rápida el mercado laboral en ese sentido de señalara las consecuencia negativas que a partir de la reforma se produjeron en los jóvenes peruanos en términos de empleabilidad, para finalmente abordar la problemática de si se cuenta actualmente en nuestro país con una política publica de empleabilidad. Finalmente, se reseñará al Programa de Capacitación Laboral Juvenil (PROJoven), como el programa más importante con el que se cuenta actualmente así como su importancia y sus efectos positivos por otro lado y de manera comparativa se hará mención a Proyecto Joven, programa inserto en la red de Políticas Públicas Argentinas que cuenta con similares objetivos que PROJoven pero con importantes diferencias.

1. EMPLEABILIDAD

La «empleabilidad», no fue siempre trascendental al referirnos a las relaciones de trabajo y, en particular, al momento de adquirir y mantener un empleo. Sin embargo, en el actual contexto laboral de globalización o mundialización ha alcanzado total importancia.

En este sentido, la OIT (1998) refuerza este supuesto al señalar que, la importancia de contar con personal calificado se da a causa de la mundialización, de los progresos técnicos y de las nuevas formas de organización del trabajo. Los tres elementos están íntimamente ligados: al reducir costos y acelerar la comunicación, la nueva tecnología de la información ha contribuido poderosamente a mundializar la producción y los mercados financieros. A su vez, al aumentar la competencia la mundialización, ha motivado la difusión de la tecnología y la adopción de nuevas formas de organización del trabajo. Los logros económicos de un país dependen cada vez más de que pueda disponer de una tecnología y de un personal calificado. Esto vale tanto para los países en desarrollo como para los desarrollados, por lo que los sistemas de formación de todas las partes del mundo tendrá que satisfacer estas nuevas exigencias.

Asimismo señala que la sociedad viene siendo testigo de diversos cambios que han conllevado a la aparición de una nueva era, dándose respuesta al debilitamiento del empleo tradicionalmente concebido. Dichos cambios serian los siguientes:

1. Un cambio importante en todo lo que tiene que ver con el proceso productivo de los negocios. RIFTKIN (1997, citado en TARAZONA y MAISH, 2002) enuncia justamente que existirá:
   a. Una transformación substancial en la forma como se llevan a cabo los negocios.
   b. La tecnología amenaza la relación entre la masa trabajadora y las compañías, y la función de la primera en estas últimas.
   c. Los cambios tecnológicos permiten que las compañías puedan prescindir de los trabajadores más rápido de los que contratan, creando un desequilibrio en este proceso.
2. En lo que respecta al panorama de empleo en el siglo XXI, ya se anticipa que:

   «... en la Unión Europea, solo uno de cada cuatro adultos tendrá un empleo estable y que cualquier persona tendrá que pasar por lo menos por tres profesiones diferentes a lo largo de una vida, ya sea porque se trabajará cada vez menos o porque las tareas serán cada vez más inestables (Revista Nueva Empresa 1997)» (TARAZONA y MAISH, 2002, p. 35).

Además de ello, se espera que las empresas dejen de considerar al empleo continuo como una característica importante a persistir (Johansen & Swigrt, 1996, citado en TARAZONA y MAISH, 2002).

Todo esto conlleva a TARAZONA y MAISH (2002) a postular que la fuerza laboral comenzará a desplazarse a otro sistema con nuevas condiciones y vinculaciones de trabajo. Las propias autoras ven a futuro que, en primer lugar, el resquebrajamiento de la estabilidad en el empleo, aumentará la importancia de las competencias personales para poder mantenerse empleado antes que el desempeño. En segundo lugar, se distingue que las organizaciones se entenderán a sí mismas como grandes proyectos comunes donde todos los miembros estarán integrados y las tareas a realizar serán más desafiantes y exigentes. En tercer lugar, se tiene que los ambientes en los que se desarrollan los trabajadores serán más inciertos donde se asumirán mayores riesgos y la inquietud intelectual, así como la capacidad emprendedora, se pondrá a prueba. Todo esto llevará hacía un trabajo que se desenvuelve con mayor libertad y mayor autonomía.

Con respecto a lo anterior, la OIT (1999, citado en TARAZONA y MAISH, 2002) se refiere a la empleabilidad como «la condición que debe mantener una gran parte de la población activa de un país para enfrentar la inestabilidad del

empleo y la dificultades producidas por la confluencia de la integración económica mundial con los adelantos técnicos».

Es por ello que la empleabilidad, al ser nuevo el entorno en que se desenvolverá la fuerza laboral como consecuencia de la inestabilidad del empleo y el surgimiento de nuevas condiciones y vinculaciones de trabajo, constituye un escenario natural de atención en cuanto a sus avances en nuestro medio.

Por lo tanto, se considera que la inversión publica en la mejora de la empleabilidad de la personas no solo incidirá en reducir el desempleo del personal que carece de calificaciones, sino que al mismo tiempo incidirá en la conformación de oportunidades más equitativas. El canal para dicho mecanismo aparece porque el mayor acceso a oportunidades de formación equitativa se reflejará en el logro de mejores niveles de empleabilidad y, por tanto, se podría concluir que también se trata de oportunidades equitativas de acceso al empleo.

Cabe señalar, que se consideraran como claves de la empleabilidad de los trabajadores: la capacitación, el desarrollo de las habilidades y la formación continua (elemento fundamental en un mundo con avances tecnológicos que acelera exponencialmente), ya que estas son las que desarrollan la capacidad del individuo para hacer uso de las oportunidades de trabajo y de ganancia, y para adaptarse a los cambios que traen el progreso tecnológico y la globalización al mercado de trabajo.

En ese sentido, Pedro WEINBERG (2004) señala que la importancia de formación para la empleabilidad se fundamenta en dos motivos: por un lado, el empleo actualmente ya no es generado en forma masiva, sino que también necesita ser creado mediante capacidad de emprendimiento y estrategias de cooperación. Conservarlo requiere de aptitud de adaptación y aprendizaje constante para poder enfrentar los cambios en los contenidos y en las modalidades de hacer las cosas; de ahí la priorización de la empleabilidad.

Por lo que, el citado autor concluye que formar para la empleabilidad en el actual contexto quiere decir:

- Forjar en las personas aquellas competencias claves que les permitan desarrollar capacidades para que mejoren sus posibilidades de inserción laboral, disminuyéndose así el riesgo de la obsolescencia y permitiéndoles permanecer de manera activa y productiva a lo largo de su vida en un mismo puesto o actividad o en cualquier otra.
- Formar para un aprendizaje permanente que implique: aprender, ser y hacer.
- Ayudar a las personas a identificar los obstáculos que le impidan el logro de sus objetivos. Así como enseñarles a valorar sus habilidades y

conocimientos al igual como las demandas y competencias que se requieren en el mundo del trabajo.

Por otro lado, se ha señalado que la empleabilidad y el empleo mantienen un nexo tanto conceptual como práctico con el empleo. Este nexo surge debido a que la empleabilidad abarca las calificaciones, conocimientos y las competencias que aumentan la capacidad de los trabajadores para conseguir y conservar un empleo, mejorar su trabajo y adaptarse al cambio, elegir otro empleo cuando lo deseen o pierdan el que tenían e integrarse más fácilmente en el mercado de trabajo en diferentes períodos de su vida (Conferencia OIT, 2000).

No obstante, hay que tener en cuenta que empleo y empleabilidad no son lo mismo, siendo este último concepto mucho más rico en cuanto a contenido. El estar empleado significa tener un trabajo, mientras que ser empleable significa poseer las cualidades requeridas para mantener un empleo, progresar en el lugar de trabajo al igual que tener las posibilidades de reinsertarse de forma satisfactoria al mercado laboral. Pero para el joven o adulto que no esta adecuadamente preparado, el trabajo tiene una condición temporal (BAREMAN y SPILL, 1998, citado en TARAZONA y MAISH, 2002).

Hay que recalcar que no se puede pasar por alto los cuestionamientos y críticas del que es objeto el concepto de empleabilidad. Por ejemplo, la que la sitúa junto a las nociones de flexibilidad y desregulación, a manera de fundamento del abandono de la responsabilidad social en el empleo. Dentro de esa visión, la empleabilidad entraría como un componente individualista desde la perspectiva de la educación y la formación profesional, agrupándose a manera de banco o cartera de habilidades o competencias. De esta forma lo que buscará la empleabilidad es aparentar positivismo en una situación de desmantelamiento de la sociedad salarial. Antes la educación y la formación profesional eran tratadas como derechos subjetivos de todas las personas, como servicios o bienes a ser adquiridos para competir en el mercado productivo, en una perspectiva productivista, pragmática y, por tanto, desintegradora (FRIGOTTO y GAUDÊNCIO, 2004, citado en WEINBERG, 2004).

Estas diferentes visiones reflejan los debates más amplios sobre los papeles de Estado, mercado y sociedad con relación al desarrollo económico y social. Existen entonces no una, sino varias ideas acerca de lo que la empleabilidad contiene y connota.

Conforme a lo anterior, Pedro WEINBERG (2004) sustenta que la empleabilidad, se encuentra en estrecha vinculación a la estructura de oportunidades de una sociedad determinada. Dicha estructura se vinculará a tres ámbitos privilegiados: el Estado, el mercado y la familia. Es así que, ante un retroceso por parte del Estado, una desestructuración familiar, y un mercado que por sí solo no es

capaz de generar oportunidades de trabajo para todos, colocar a la empleabilidad como solución poniéndose en manos de las personas dicha responsabilidad resulta una medida injusta. Por tanto, seria más adecuado y justo centrarse en discutir cuales serian las medidas que de manera democrática, reconstruyan la estructura de oportunidades permitiendo así a los ciudadanos hacer uso de derechos fundamentales (educación y formación profesional) o, más ampliamente al aprendizaje permanente como manifestación de su ejerció de ciudadanía y como base para su acceso al trabajo.

En definitiva, tal como lo señala WEINBERG (2004) las características de «ser empleable» de un trabajador, si bien pueden haber sido adquiridas por éste y constituyen su patrimonio personal, derivan de una inversión social que le permitió tener acceso a oportunidades diferenciadas. Por tanto, es responsabilidad del trabajador la defensa de ese patrimonio, actualizándolo en lo que atañe a su capacidad de estar disponible. Por otro lado, es responsabilidad de todo el colectivo social lo que corresponde a la construcción y mantenimiento de mecanismos democráticos que garanticen, primero, el permanente acceso a las oportunidades formativas; y, segundo, que estas oportunidades formativas sean complementadas con oportunidades de empleo, trabajo e ingresos.

1.1. Empleabilidad en jóvenes

Para efectos del desarrollo de la siguiente sección, delimitaremos nuestro campo de trabajo «jóvenes» a la definición elaborada por Naciones Unidas. Al respecto dicha institución recomienda como definición del grupo «juventud» a la población entre 15 y 24 años de edad. El límite inferior de 15 años no traduce la realidad de muchos países de la región, donde la entrada al empleo se produce mucho antes. Asimismo, el convenio sobre edad mínima de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) de 1973 establece los 15 años como limite mínimo de admisión al empleo, por debajo del cual se considera trabajo infantil. Por otro lado, también nos referiremos a aquellos jóvenes de bajos recursos y que es debido a su situación económica, entre otros factores que se ven limitados a obtener las calificaciones, conocimientos y competencias que les permitirán ser considerados empleables.

En líneas anteriores, ya se ha señalado en que consiste concepto empleabilidad y la importancia que este ha adquirido debido a diversos cambios que han acontecido en la sociedad. En ese sentido, si bien se considera la importancia fundamental de la empleabilidad de las personas, dicha característica deberá identificar a la juventud con mayor relevancia aún. Esto ya que los jóvenes en la actualidad son considerados como un grupo vulnerable, sobre todo aquellos jóvenes que se encuentran dentro de los grupos más pobres de la sociedad y que por lo tanto cuentan con menos posibilidades de desarrollar

capacidades, conocimientos y competencias. En definitiva, la debilidad de la innovación tecnológica y la escasez de recursos, sumado a las exigencias de productividad de ciertos sectores puntuales, han creado un mercado laboral difícil para todos y doblemente difícil para los jóvenes.

Al respecto la OIT menciona una característica substancial en la economía mundial que crea una singularidad en cierto sentido perversa:

> «...por un lado, los países que se enfrentan con una mundialización rápida y con una competitividad acuciente tienen una mayor necesidad de invertir en la formación y en el perfeccionamiento profesional de su población activa, por otro, esas mismas fuerzas mundiales amenazan con crear condiciones de segmentación del mercado de trabajo y exclusión del empleo, con una disminución de las oportunidades y de los incentivos en materia de formación» (OIT, 1999, p. 229).

Sin embargo, la OIT hace mención especial que el riesgo que corren los segmentos de trabajadores vulnerables, como los jóvenes desempleados, se eleva considerablemente, abriéndose la posibilidad que cada vez estos sean excluidos del mercado de trabajo con el cambio del sistema económico mundial. Estos trabajadores tienen como problema común el deterioro de su situación laboral debido a los procesos de mundialización, los progresos tecnológicos y la nueva forma en que se organiza el trabajo.

Ya se vislumbra la necesidad de la presencia de políticas públicas que puedan hacer frente a todos los «vaivenes» que aparecen con los nuevos procesos económicos en el escenario mundial, más aun, cuando se trata de disminuir la vulnerabilidad de los grupos sociales que se encuentran menos protegidos.

Por otro lado, si bien se puede encontrar dentro de las personas empleadas a jóvenes, los puestos que son ocupados por éstos se caracterizan por contener menores ventajas y darse en condiciones precarias.

> «El tipo de inserción de los jóvenes se constriñe, en general, al sector de alta informalidad. Cuando consiguen un empleo éste es de menor salario y menor protección social; de mayor precariedad e inestabilidad. Si bien es poca la información con se cuenta en relación con los contratos de trabajo juvenil, se puede afirmar que, en la mayoría de los casos, los jóvenes trabajan sin contrato y sin seguridad social. Son precisamente los grupos más jóvenes los que participan con mayor inestabilidad de estas nuevas reglas de juego laboral». (ABDALA, 2004)

En esa misma línea se considera que entre las dificultades que enfrentan los jóvenes de bajos recursos para insertarse en el mercado de trabajo, están directamente relacionadas con los problemas que ellos encuentran al momento de acceder a un puesto de trabajo. Es así que no solo no cuentan con las calificaciones

necesarias para competir en igualdad de condiciones al momento de ocupar dicho puesto que se encuentre escasamente disponible, sino también en el momento en que acceden a él no poseen la preparación necesaria para adaptarse a él así como para adquirir los conocimientos necesarios requeridos para aquel puesto. Asimismo, deberá considerarse que existen otros factores de tipo familiar e individual que afecta a los jóvenes en especial a aquellos que se encuentran en situación de mayor necesidad.

Lo expuesto anteriormente no son las únicas dificultades que enfrentan los jóvenes de la región ya que, no obstante la evolución descendente de las tasas de fecundidad, sigue persistiendo una alta proporción de población joven. Lo que implica que cada año, cada mes, cada día salen al mercado laboral nuevos jóvenes. Al mismo tiempo, en el sistema productivo hay un significativo número de trabajadores que por diversas razones han podido permanecer activos y vigentes, y que defienden sus trabajos al máximo. También están los que han perdido sus puestos de trabajo y que buscan afanosamente ser reinsertados. Si a los anterior sumamos la cada vez mayor participación de la mujer en el aparato productivo, es entendible que la perspectiva de obtener un trabajo para cualquier joven (especialmente si no se tiene una adecuada capacitación) es sombría (Weinberg, 2004).

Planteado el problema de esa manera, parece que la mejor forma para que un trabajador joven mejore sus condiciones de empleabilidad, es haciéndose más competitivo en el mercado de trabajo. Esto conlleva a un proceso de aprendizaje de manera permanente, que no puede perder de vista la economía mundial y la organización del trabajo, más aún con una mayor inmersión del país dentro del comercio exterior.

Respecto a esto último, Abdala (2002) señala que la competencia en el mercado laboral modifica los requerimientos sobre ciertas competencias elementales a nivel individual que los jóvenes deben poseer que les permita la integración. Estas competencias básicas a las que se hace referencia son:

> «características actitudinales, autoestima, creatividad, capacidad para identificación y resolución de problemas, responsabilidad, interés en el aprendizaje permanente, buena comunicación, eficiencia, proyectos a largo plazo, participación activa, disposición al cambio, alta responsabilidad y pensamiento creativo e interactivo con nuevos códigos de comunicación basados en la tecnología y el trabajo en equipo» (Abdala, 2002, p. 231).

y su adquisición será favorecida por la comprensión de la lectura-escritura, posibilidad de cierto grado abstracción y el uso de la lógica-analítica, así como el uso practico de las matemáticas.

Finalmente, es importante tomar conciencia por parte de los Estados y los actores sociales de la importancia que adquiere la formación de los jóvenes, ya

que son ellos los que finalmente forjaran el futuro de cada nación y todo lo que ello conlleva. ABDALA (2002) argumenta que la educación y formación de los adolescentes es un tema que se trata con carácter prioritario en todo el globo. Esto se concibe claramente cuando se entiende al Estado como un agente que tiene una perspectiva de largo plazo, y sobre ella recae el desarrollo de los niños y jóvenes.

2. EMPLEABILIDAD EN EL PERÚ

Al abordar el tema de empleabilidad en el Perú, se quiere reflexionar sobre la importancia que dicho concepto refleja en la realidad de nuestro país respecto a la difícil situación laboral que vienen enfrentando los jóvenes peruanos de bajos recursos. Situación que se acentúa a consecuencia de las reformas implantadas a partir de los años noventa, incrementándose la necesidad, sobre todo de aquellos que recién se incorporaban al mercado de trabajo que cada vez se hace más flexible, de contar con la herramienta de adaptabilidad (empleabilidad) para conseguir y conservar un empleo en circunstancias laborales cada vez más cambiantes.

Al respecto, se busca enfatizar sobre lo substancial que significa implantar una política pública de empleabilidad, sobre todo frente a contextos críticos tales como los que han acontecido en nuestro país a partir de la década de los noventa relacionados a la necesidad y, por otro lado, a la falta de empleabilidad con la que cuentan los jóvenes.

Por último, ante esta situación interesa saber si actualmente nuestro país cuenta con una política pública de empleabilidad, que haga frente a la crisis económica y social que conlleva a la situación laboral precaria de los jóvenes.

2.1. Reforma Laboral Peruana en los 90

Tal como lo comentan CHACALTANA y GARCÍA (2004), durante muchos años el Perú fue considerado entre los países con una de las legislaciones más rígidas de América Latina. Los mecanismos de incorporación de personal enfrentaban numerosas restricciones y costos, en tanto que las posibilidades de despido eran bastante limitadas. La estabilidad laboral absoluta había adquirido rango constitucional en 1979. Como resultado de este proceso –y probablemente también debido a la cada vez menor capacidad de la autoridad del trabajo para detectar infracciones laborales– el mercado laboral se dividió en dos partes: una cubierta por las leyes laborales y otra desprotegida. Con el tiempo, la primera se fue haciendo cada vez más reducida y la segunda creció de manera acelerada.

En este contexto, a inicios de los noventa, el Gobierno promovió una importante y rápida reforma laboral en el campo de los derechos colectivos e individuales de los trabajadores. En el terreno colectivo se modificaron las normas

correspondientes a la conformación de representaciones sindicales, la negociación colectiva y el derecho de huelga. En el terreno de los derechos individuales se produjeron cambios en las modalidades de despido y contratación de los trabajadores. En cuanto a despidos, se elimino la estabilidad laboral absoluta y se la reemplazo por el concepto de estabilidad «relativa» –definida como la posibilidad de despedir arbitrariamente a cambio de una indemnización–; paralelamente se impulsó una importante ampliación en el número de las causas «justas» de despido. En cuanto a la incorporación de mano de obra, se fomentaron los denominados contrato «flexibles» como los contrato a plazo fijo, por servicios, a través de intermediación, etc. Simultáneamente la capacidad del Estado por verificar el cumplimiento de la legislación laboral se fue reduciendo de manera que, en la práctica, había un número creciente de trabajadores sin contrato (CHACALTANA y GARCÍA, 2004).

Al respecto, nosotros nos centraremos en las nuevas formas de incorporación de mano de obra que trajo la reforma. En este aspecto, se crearon nuevas formas de contratación que buscaron flexibilizar la relación laboral. Fueron tres las acciones tomadas:

- Contratación temporal. adicionalmente a las existentes modalidades de contratación temporal o accidental, se añadió la posibilidad de contratar por obra o servicio. La duración máxima de estos contratos paso de 2 a 5 años, aunque cuando se trata de contrato por obra o servicio no hay limite[1].
- Ampliación de las posibilidades de capacitación laboral. Éstas por no tener carácter laboral no obligan al pago de beneficios sociales, sin embargo se tiene la obligación de asegurar una cobertura de salud al joven participante. Con anterioridad a la reforma, los contratos de capacitación para el trabajo solo existían bajo la forma de prácticas pre-profesiones empleada en estudiantes. Con la reforma, esta modalidad no solo fue aplicada para estudiante sino también para egresados de educación superior. Para los que no contaban con educación superior se crearon los convenios de formación laboral, dirigidos a jóvenes de 16 a 25 años; y para los jóvenes entre 14 y 24 años con formación técnica se implementaron los contratos de aprendizaje.
- Se ampliaron las posibilidades de subcontratación laboral. Se crearon cooperativas de trabajo y fomento del empleo y las empresas de servicios

[1] Reglamento de Ley de Fomento al Empleo-Decreto Supremo N° 001-96-TR (26/01/1996) TUO del D. Leg. n° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral-Decreto Supremo N° 003-97-TR 27/03/1997.

especiales (*services*); el cambio consistió en que los trabajadores de los *services* o cooperativas pueden prestar servicios no solo complementarios sino también temporales y especializados[2].

En lo que respecta al presente documento, se limitará el análisis al segundo de los puntos mencionados: la ampliación de las posibilidades de capacitación laboral, dado que es el que ha incidido en las relaciones laborales de los jóvenes. Cabe indicar que al incluir estos tres programas de formación también se les excluyó de la protección del derecho del trabajo al no considerárseles como contratos de trabajo, lo cual trae como consecuencia la posibilidad para las empresas de contar con servicios a costo reducido, pues al no generarse una vinculación laboral, no existe obligación de otorgar beneficios laborales ni realizar aportaciones al sistema de salud u otros impuestos, etc.

Asimismo, CHACALTANA y GARCÍA (2004) afirman que el mercado laboral a partir de los años noventa se hizo más flexible y competitivo, y por este hecho se podría haber esperado un efecto positivo sobre el aumento de la productividad. Pero la composición del empleo cambio fuertemente en los noventas hacia una mayor informalidad, hacia una mayor proporción de ocupados con corta duración o sin contrato y hacia un contexto más negativo en materia de relaciones laborales; por estos factores cabría esperar un efecto negativo sobre la productividad.

Con relación al contexto económico observado en la primera mitad de la década de los noventa, los citados autores señalan que éste favoreció la inserción laboral de los jóvenes, contribuyendo a que estos encuentren empleo con menor dificultad que antes, en la medida que se han dinamizado sectores como los de servicios y comercio, que precisamente son los que utilizan un mayor número de jóvenes y mujeres. Sin embargo, los empleos también se pierden con mayor facilidad, debido a que se observa una elevada rotación de mano de obra. Asimismo, el crecimiento de los ingresos en general y de los jóvenes en particular, ha sido muy bajo, lo cual refleja el magro crecimiento en la productividad laboral durante los noventas.

Como acabamos de mencionar, durante la década de los noventa, los jóvenes empezaron a tener mayores oportunidades en el nuevo contexto económico de modo que se redujeron las dificultades para hallar un empleo. Sin embargo, cabe preguntarse ¿cuáles son las condiciones de empleo a las que acceden los jóvenes pobres?

---

[2] que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas trabajadores-Ley N° 27626 (09/01/2002).

Mediante el estudio realizado por SAAVEDRA y CHACALTANA (2001)[3], se respondió a la anterior pregunta analizando primero las categorías ocupacionales en las que se insertan los jóvenes en el mercado de trabajo. Alrededor del 56% de los jóvenes trabaja como asalariado, principalmente para empresas privadas. La proporción de jóvenes «patrones» es algo más del 1% en tanto que los trabajadores por cuenta propia son casi el 19%. El reducido porcentaje de jóvenes trabajando por cuenta propia estaría asociado a los limitados recursos con los cuentan para iniciar un negocio propio, incluso en el caso de aquellos que no pertenecen a familias pobres, y a su falta de experiencia laboral, entre otros factores.

Con respecto a los jóvenes empleados como asalariados, los autores señalan que existen importantes diferencias. Si se analiza el tamaño de la empresa en que laboran los jóvenes, se observa que el 73% de los jóvenes pobres trabajan en micro y pequeñas empresas, porcentaje que se reduce a 61% entre los no pobres. De igual modo, en el grupo de 20 a 24 años, que tiene una mayor inserción en el mercado de trabajo se encuentra que, el 47% de los jóvenes pobres trabaja en empresas de 2 a 5 trabajadores, cifra que en el caso de los no pobres es de 33%. Las empresas de menor tamaño son usualmente las de menor productividad, donde se remunera menos a la mano de obra y especialmente donde existe mayor precariedad de condiciones laborales, en particular contractuales.

Los mencionados autores señalan que la informalidad en la que los jóvenes desempeñan su actividad laboral, se ve reflejada en el tipo de contrato utilizado por las empresas para incorporar a sus trabajadores. Pese a la variedad de modalidades de contratación vigentes a partir de las reformas laborales, varios de los cuales permite contratar trabajadores jóvenes pagando menores costos laborales no salariales, en la práctica, las empresas utilizan poco estas modalidades contractuales para los jóvenes, prefiriendo emplearlos sin contrato. Entre los jóvenes, la proporción de trabajadores sin contrato ascendía al 70%, llegando a 84% en el caso de aquellos en situación de pobreza. Esto afirma que los jóvenes pobres se insertan desventajosamente en el mercado laboral y, los empleadores no les reconocen beneficios laborales.

De igual forma, los autores mencionan que la capacidad de generación de ingresos de los jóvenes pobres es escasa. No obstante, incluso estos ingresos bajos son importantes para el hogar ya que si el joven trabaja puede contribuir al ingreso familiar actual. Entre los hogares pobres, es poco probable que los jóvenes puedan invertir en una educación larga y costosa, tanto por la incapacidad

---

[3] Elaborado sobre la base de la Encuesta Nacional de Hogares del MTPS-INEI (ENAHO,1997).

de solventar los gastos directos relativos a ésta, como por la necesidad de cubrir gastos familiares. En muchos casos, los presupuestos familiares dependen significativamente del aporte de los jóvenes, por los que muchos de ellos desertan del sistema educativo con el fin de ingresar al mercado de trabajo.

En ese contexto, los programas y cursos de capacitación y formación técnica, que suelen tener una menor duración, se presentan como una alternativa para los hogares pobres en los que el joven debe aportar.

Al respecto tenemos que en nuestro país, la capacitación técnica y ocupacional se imparte a través de una red muy diversa de instituciones. En términos generales, existen dos grandes formas a través de las cuales los jóvenes pueden obtener capacitación técnica en el Perú. La primera de ella proviene de los programas impulsados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE): los Contratos de capacitación Laboral, los Convenios de Formación Laboral Juvenil, las prácticas pre-profesionales y los contratos de aprendizaje. La segunda forma se origina de un conjunto de entidades de capacitación, tales como Institutos Superiores Tecnológicos y Centros de Entrenamiento Ocupacional, entre otros.

Saavedra y Chacaltana (2001) comentan que estas formas de obtener capacitación, se implementaron a partir de los años noventa debido a una serie de factores que movilizaron el panorama de la capacitación técnica, tal como lo hemos explicado anteriormente. Estos cambios no han tenido los impactos esperados. Mientras los nuevos mecanismos de contratación de jóvenes implantado por el MTPE no tiene aún demandas significativas, alcanzando sólo al 5% del total de jóvenes asalariados en empresas formales, el crecimiento de la oferta capacitación técnica se ha mantenido desligada de las necesidades del sector productivo y se ha caracterizado por su amplia heterogeneidad de su calidad.

Con relación a la capacitación técnica impartida por las entidades de capacitación, se encuentran centros privados y públicos, siendo a estos últimos a los que recurren mayormente los jóvenes de más bajos recursos.

Si bien los jóvenes de escasos recursos tienen acceso a la capacitación, tienden a acceder a instituciones de menor calidad, y asisten en mayor proporción a instituciones públicas. Las entidades públicas, de otro lado tienen mayores dificultades y restricciones para proveer un servicio educativo de buena calidad. Asumimos que al interior de las instituciones privadas también existe heterogeneidad y las que atienden a la población pobre tienen infraestructura de menor calidad (Saavedra y Chacaltana, 2001).

Al respecto los autores concluyen que, la escasa modernización del mercado de capacitación técnica y los problemas de desvinculación del sector productivo, dificultan el desarrollo en los jóvenes de las competencias necesarias para

mejorar su inserción laboral. En ese sentido, el Estado, a través del Programa de Capacitación Laboral Juvenil PROjoven, ha intentado crear un puente entre la esfera productiva y la de la capacitación ocupacional.

2.2. Políticas Públicas de Empleabilidad en el Perú

Tal como lo han manifestado CHACALTANA y SULMONT (2004), el problema del empleo manifestado a través del desempleo, el subempleo y la inestabilidad laboral, son un tema central de debate político. Es así que tanto políticos, gobernantes y expertos han buscado una solución a través de políticas y programas específicos que intentan resolver el problema desde distintos ángulos.

Los autores citados nos indican que existe un consenso en la necesidad de implementar políticas que promuevan el nivel y la calidad de empleo en el Perú, sin embargo, existe poca claridad sobre las características de dichas políticas y la manera de implementarlas. Concluyendo que el debate en torno a las políticas de empleo aún es incipiente en el Perú.

Asimismo, clasifican a las políticas especificas de empelo en dos grupos. Por un lado las «políticas activas», que son aquellas cuyo objetivo es mejorar la empleabilidad de las personas en situación de desventaja para incorporarse o reincorporarse en el mercado laboral y por otro lado las «políticas pasivas», que se proponen garantizar los medios de subsistencia para quienes se encuentran temporal o duramente excluidos del mercado laboral.

El presente trabajo busca enfocarse en la primera de las categorías mencionadas, las denominadas «políticas activas», ya que el tema central gira en torno a la empleabilidad en jóvenes. En ese sentido, se explicará los objetivos de dichas políticas.

CHACALTANA y SULMONT (2004) señalan que entre los objetivos de la políticas activas, se encuentra el de mejorar la «empleabilidad» de los sectores más vulnerables en los mercados laborales, con la finalidad de contribuir con la reducción de la pobreza, la perdida de autoestima y marginación social generado por el desempleo, para de esa manera promover el acceso de dichos sectores a empleos dignos y reproductivos.

Entre las políticas activas de empleo, CHACALTANA y SULMONT (2004) distinguen tres tipos de programas que las traducen:

- Programas de creación de empleo para la oferta laboral, como programas de empleo temporal y subsidios al empleo, entre otros.

- Programas de desarrollo de capacitación relacionada con el empleo, como capacitación y entrenamiento dirigidos a jóvenes o personas desempleadas por lagos periodos de tiempo.
- Programas de promoción de la eficiencia en los mercados y consejería en la búsqueda de empleo.

Por nuestro lado, basaremos el desarrollo del presente acápite en el segundo de estos grupos de programas, aquellos dirigidos al desarrollo de capacitación relacionada con el empleo como capacitación y entrenamiento a jóvenes.

Se considera que la formación profesional ha sido siempre una preocupación, tanto del Ministerio de Trabajo como del Ministerio del Educación. Por su lado, el Ministerio de Trabajo cuenta con una Dirección de Formación Profesional y, por otro, en el Ministerio de Educación el tema de la formación profesional es competencia de la Dirección Nacional de Educación Secundaria y Superior.

Sin embargo, CHACALTANA y SULMONT (2004) señalan que debido a esa dualidad (entre el Ministerio de Trabajo y Educación), el mercado laboral en el Perú se encuentra entre uno de los más complejos, desordenados y de más baja calidad. En vista de ello, ya hacia los años noventa el MTPE intento promover de forma más dedicada el tema de la capacitación laboral para jóvenes de escasos recursos, tomando como modelo a otros países de la región que ya los habían implementado.

Asimismo, CHACALTANA (2006) señala que en el caso de la capacitación, si bien existe más experiencia y actividad, al mismo tiempo existe más confusión. Existe un gran mercado de capacitación de baja calidad y elevada heterogeneidad, en especial en familias de bajo ingresos. Y, como en otros casos, casi todas estas intervenciones han tomado la forma de programas y no de políticas.

En ese sentido, CHACALTANA y SULMONT (2004), consideran que a pesar de la trayectoria de estos programas, aún no se han desarrollado como políticas nacionales masivas. Todavía se mantienen al nivel de proyectos piloto, lo cual pone en duda caracterizarlos como «políticas» de empleo.

Del mismo modo, CHACALTANA (2006) ha observado que los programas de capacitación son intervenciones específicas, pudiéndose clasificar en dos grandes grupos: (i) apoyo a la oferta de capacitación y (ii) apoyo a la demanda de capacitación. Por el lado de la oferta de capacitación, el debate se centra en los aspectos institucionales del «sistema» de capacitación y los temas de pertinencia de los contenidos; lo cual explicaría la existencia de programas que se han

estado concentrando en promover el esquema de formación por competencias como una manera de unificar los contenidos educativos.

El mismo autor señala que, por el lado de la demanda, ha quedado claro que por más que se fortaleza la oferta, el mercado de capacitación no se desarrolla si no hay demanda de formación estable. En este esquema han aparecido programas como PROjoven, que luego de varios años de su implementación se ha podido concluir que la capitación produce resultados importantes cuando la empresa esta involucrada[4].

Asimismo indica que la capacitación debe ser pertinente para poder ser útil, y esa pertinencia solo se logra cuando la empresa se involucra de algún modo. Por estas razones, cualquier estrategia que se pretenda implantar a nivel nacional debe contar principalmente con la participación de las empresas.

Sin embargo, señala que a partir de la experiencia acumulada, un programa resulta insuficiente para resolver los problemas del mercado de capacitación. Esto tiene que ver con cuestiones no solo de dimensión, sino también de orientaciones de la capacitación que se pretende, dado que actualmente, la tendencia de capacitación, es que esta debe ser continua a largo de toda la vida, pues las estrategias de diferenciación solo tienen sentido cuando estas se sostienen en el tiempo.

A modo de conclusión, CHACALTANA y SULMONT (2004) manifiestan que, en lo que se refiera a capacitación laboral, no existe propiamente un Sistema de Capacitación Laboral, sino más bien un conjunto desarticulado de proveedores de servicios de capacitación que, junto con la necesidad de abundantes jóvenes peruanos que salen cada año del sistema escolar, configura un mercado de capacitación disperso, heterogéneo, excluyente y de baja calidad.

Como se mencionó anteriormente, CHACALTANA (2006) remarca que se necesita pasar de los programas a las políticas. Dado que no existe actualmente una política de capacitación porque normalmente es más atractivo, desde el punto de vista político, generar programas –con público objetivo definido– que elaborar una política (la cual, por definición es más transversal). Sin embargo no se puede negar que los programas tienen limites naturales y que, por tanto no pueden ser la única estrategia del Gobierno. Se necesitan políticas, esto es, intervenciones que enfrenten los principales problemas o fallas existentes en el mercado de capacitación como un todo (no solo en parte de él).

---

[4] La empresa representa el lado de la demanda.

3. PROGRAMA DE CAPACITACIÓN LABORAL JUVENIL (PROJOVEN)

A partir del análisis efectuado a lo largo de este Estudio, se desea hacer referencia al Programa de Capacitación Juvenil (PROJoven), debido a que es éste el más importante programa con el que actualmente cuenta nuestro país relacionado a la capacitación laboral juvenil, sobre todo es importante recalcar la metodología y la finalidad que posee dicho programa ya que no simplemente busca capacitar a los jóvenes sino que va más allá, en el sentido que busca contar con una «empleabilidad» efectiva, esto es, cuenta con una demanda real de empleadores que son los encargados de realizar la fase practica de dicho programa luego de la cual aquellos quedan comprometidos a emplear a un grupo de los capacitados. Es así que encontramos en PROJoven el fin último de la empleabilidad en jóvenes, esto es que aquellos luego de adquirir las capacidades que les permitan conseguir y mantenerse en un empleo, sean empleados por las empresas. Con lo que podemos concluir que PROJoven también sirve como un nexo entre la oferta y demanda de empleo lo cual va un paso más allá de un simple programa de capacitación.

Al respecto, el Grupo de Trabajo PROJoven (1997), señala que desde julio del año noventa, en nuestro país se vivieron varios cambios en materia social, política y económica, lo que impulsó al Ministerio de Trabajo y Promoción Social (MTPS) a tomar medidas que flexibilizaran la legislación laboral a modo de adaptarse a la realidad económica en la que se insertaba. Asimismo, creó programas, a fin que las personas de escasos recursos puedan incorporarse al mercado laboral, entre aquellas medidas implementadas se creo el Programa de Capacitación Laboral Juvenil, como el más importante programa destinado a mejorar la posibilidad de ingreso al mercado laboral de aquellos jóvenes más pobres, combinándose para ello la preparación técnica con la experiencia laboral.

En esa misma línea, José Carlos GALGO (2000) señala que la población joven pobre en el Perú vive una situación laboral precaria, lo que constituye no solo un problema económico, sino también social, ya que está fuertemente ligada a la pobreza, inserción laboral, exclusión y marginación. Ante esta situación, el incremento de la empleabilidad de los jóvenes de estratos pobres a través de de acciones de capacitación especifica constituye el eje central a través del cual se articula PROjoven, como política activa del Ministerio de Trabajo y Promoción Social (MTPS).

A continuación se describirá el contenido de PROJoven, así como sus objetivos y haremos hincapié en el impacto de algunas de sus convocatorias, todo ello para determinar si realmente dicho programa cumple con sus objetivos, sobre todo con el de otorgar empleabilidad a los jóvenes. Con la finalidad, de describir a Projoven, nos basaremos en la información vertida por el estudio realizado al programa por SAAVEDRA y CHACALTANA (2001).

PROJoven fue creado el año 1996, como una iniciativa del MTPS. Fueron dos los principales objetivos del programa: en primer lugar mejorar la oportunidad empleo de los jóvenes de escasos recursos y por otro lado mejorar la calidad de los cursos de capacitación en el país.

PROJoven, está dirigido a la población conformada por jóvenes entre 16 y 25 años de edad con bajos niveles de escolaridad, pertenecientes a hogares pobres o en pobreza extrema y potencialmente a jóvenes que se encuentran desempleados, subempleados o en inactividad forzosa. Asimismo, PROJoven a intentado captar aquellos lugares con mayor impacto, tales como las zonas urbanas periféricas.

Su meta inicial fue capacitar 160 mil jóvenes en un periodo de cinco años, lo que empezaría como una experiencia piloto en Lima y Callao capacitando a 1,500 jóvenes y luego se extendería a 13 ciudades en las cuales el MTPS tiene sede institucional. Sin embargo dicho meta no fue concretizada dado que hasta el año 1998 no se llevo a cabo el financiamiento inicial del programa, viéndose por tanto limitada en función a los menores recursos.

PROJoven cuenta con varios objetivos: (i) facilitar el acceso de jóvenes de escasos recursos al mercado de trabajo, proporcionándoles capacitación y experiencia laboral en ocupaciones demandadas por el sector productivo, (ii) pretende hacer más eficiente el mercado de capacitación, procurando la interacción entre las instituciones de capacitación y las necesidades del sector demandante de mano obra, (iii) a modo de verificación la intención del programa es que luego su culminación se pueda apreciar tasas de ocupación y niveles de ingresos superiores a los de un grupo de control no beneficiado por el programa, (iv) asimismo, se tiene como objetivo reducir el tiempo de búsqueda de empleo y así como incrementar la participación de las mujeres beneficiarias en ocupaciones tradicionalmente masculinas.

A fin de lograr estos objetivos, se realizaron diversas actividades con la intención de focalizar a entidades de capacitación (ECAPs) públicas y privadas, a los beneficiarios potenciales, y a las empresas donde los beneficiarios podrían realizar sus prácticas. Asimismo, se implemento un Registro de Entidades de Capacitación (RECAP), mediante el cual se evalúa a las ECAPs interesadas en participar en el programa con el fin de garantizar un mínimo de calidad en las instituciones participantes.

PROJoven es considerado una de los primeros programas públicos que desde sus inicios conto una metodología establecida, y ha realizado el seguimiento tanto de los beneficiarios como de un grupo de control.

Asimismo, intenta hacer pertinentes los cursos de capacitación laboral, para ello utiliza mecanismos guiados por la demanda, asegurando el encuentro entre

las necesidades del sector productivo y la oferta de capacitación. Para ello, el programa convoca a ECAPs que se encargan de organizar e implementar cursos diseñados en función de los requerimientos del sector empresarial.

El objetivo de los cursos, es lograr en los jóvenes beneficiarios el desarrollo habilidades y competencias para desempeñarse en ocupaciones específicas que requieran semicalificación o calificación inicial. Los cursos cuentan dos fases: la primera, denominada «Formación Técnica», se desarrolla en las entidades de capacitación y la segunda «Práctica Laboral», se realiza en las empresas con las cuales las entidades de capacitación han suscrito un compromiso previo, mediante el cual las empresas a través de una «Carta de Intención» expresa su interés en acoger egresados de los cursos en sus instalaciones suscribiéndose para ello convenios de formación laboral juvenil. Es así, que las cartas buscan garantizar que los cursos ofrecidos efectivamente cuenten con demanda en el mercado.

Impacto del programa

Luego de haber descrito al programa PROJoven, se desea analizar el impacto que tiene sobre sus beneficiarios, para de esa manera poder determinar si el programa realmente cumple sus objetivos –en particular el de empleabilidad en jóvenes–, con dicha finalidad a continuación nos basaremos en estudios sobre los impactos de PROJoven realizados por especialistas, asimismo consideramos pertinente por la abundante información con la que se cuenta, hacer énfasis en la primera, sexta y décima convocatoria.

Antes de ello, debemos precisar que PROJoven es uno de los pocos programas públicos que cuenta con una línea de base y bases de datos que permiten realizar el seguimiento del programa y evaluar su impacto sobre los beneficiarios. Para ello ha diseñado una metodología de evaluación que compara la situación laboral inicial de los beneficiados, con su situación a los 6 y 12 meses de haber concluido el proceso de capacitación. Esta metodología ha tratado de aislar el efecto del programa sobre las variables que miden el cambio en la situación de los beneficiarios, tales como ingresos, situación laboral, búsqueda de empleo y segregación laboral, entre otras. Asimismo, se ha utilizado un grupo de control comparable con el grupo de beneficiarios y los individuos incorporados en cada grupo son elegidos aleatoriamente.

El cuadro siguiente, muestra algunos de los resultados de las evaluaciones del impacto del Programa de Capacitación Laboral Juvenil en su Primera, Sexta y Décima Convocatoria, todos ellas a los 6 meses de concluida la fase laboral, la información revisada señala el impacto positivo del Programa en los beneficiarios luego de concluida:

Convocatoria	Efectos en la Inserción Laboral	Efectos en los Ingresos	Efectos sobre la Segregación Ocupacional
Primera Convocatoria	• Crecimiento del grupo de ocupados. • Reducción de inactividad y desempleo. • Aumento de trabajadores asalariados.	• Incremento en 128% en sus ingresos reales. • Incremento real de 184%, en caso de las mujeres	
Sexta Convocatoria	• Aumento en un 6% d ocupación en los beneficiarios (efecto que se estima en US$ 207 mil anuales).	• Incremento en 18% del ingreso por hora (efecto que se estima en US$ 452 mil).	• Se redujo la segregación ocupacional por género en el grupo de beneficiarios, en comparación del grupo de control.
Décima Convocatoria	• El impacto del Programa en la inserción laboral se estima en 3.4%. • El asalariamiento creció 4.2%. • Los beneficiarios con contrato formal de trabajo que gozan de algún tipo de seguro médico y/o de pensiones creció 6.7%	• Aumento alrededor del 10% (Efecto que se estima en S/. 10,000.	• Se a registrado una disminución en el índice de segregación ocupacional por género (disminución de 11% en comparación con los controles).

Fuente: SAAVEDRA y CHACALTANA (2001), ROBLES y SAAVEDRA (2002), Área de Investigación y Desarrollo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2005).

Proyecto Joven (Argentina)[5]

A modo comparativo, se hace referencia a Proyecto Joven, Programa de Capacitación Laboral Juvenil implementado en Argentina, con objetivos similares a los de PROJoven pero con algunas e importantes diferencias.

Tal como lo describe Jacinto, a consecuencia de los agudos problemas relativos al empleo los cuales tuvieron especial incidencia en los sectores más críticos de la República Argentina, ésta comenzó ha adoptar políticas públicas que intentaron facilitar los procesos de inserción laboral de los jóvenes. Estas políticas se inscribieron en los que se llamó el cambio de modelo de intervención estatal o el nuevo rol del Estado. Por un lado, se constituyeron políticas sociales focalizadas en grupos particularmente críticos, pero también involucraron una estrategia de flexibilización del mercado laboral, de desregulación de las relaciones laborales, y de capacitación en el marco de la denominada reestructuración productiva.

Se señala que, son los más desfavorecidos socialmente quienes más se enfrentan al riesgo de una larga exclusión de un empleo estable. Los jóvenes en situación de pobreza intentan ingresar a un mercado laboral con escasa demanda de empleo en condiciones altamente desventajosas. Es por ello que el Estado

[5] Sección basada en Claudia JACINTO, 1997.

partiendo de la concepción de que la falta de capacitación sería una de las principales causas de las dificultades de inserción laboral de los jóvenes pobres a implementado un programa orientado por la demanda del mercado de trabajo redefiniendo a la vez su rol en la formación profesional.

Es por ello que se indica que Proyecto Joven (PJ) por su alcance, cobertura y recursos constituye la política en curso de mayor envergadura que plantea una estrategia uniforme, y presupone que el mercado será el mejor orientador de la oferta. Sin embargo, como contrapartida se puede apreciar en cuanto a los jóvenes, que dada su heterogeneidad muestran diferentes expectativas y necesidades formativas. Así, mientras algunos sectores de jóvenes se focalización en el programa, otros dejan libres cursos que no responden a sus expectativas de movilidad social, y algunos presentan necesidades educativas que exceden el alcance de un programa puntual.

Programa Proyecto Joven[6]

Podemos notar que al igual que PROJoven, Proyecto Joven tiene como objetivo aumentar la empleabilidad y la productividad y está enfocado hacia los jóvenes de condición socioeconómica más baja.

El Proyecto Joven es parte de un préstamo del BID para apoyar al Ministerio de Trabajo en un programa de formación para los jóvenes desocupados. El gobierno argentino utiliza un préstamo de 154 millones de dólares y hacia el primer trimestre de 1996 ya llevaba gastado el 73% de ese presupuesto; está aportando 67 millones de recursos propios en este programa para capacitar a jóvenes de entre 16 y 19 años de edad (hay también algunos candidatos por encima de ese límite).

Sin embargo, es importante aclarar que las empresas que reciben a los pasantes en forma gratuita, es decir no les pagan, en comparación de lo que si ocurre en el Perú donde si son retribuidos. Por otro lado, no se exige ni se requiere de las empresas que empleen a los pasantes después, pero evidentemente se espera que lo hagan.

Por otro lado la autora, en su estudio ha concluido que la introducción de grupos de control en el Proyecto Joven en efecto reduce el impacto del programa. En lugar de una ganancia del 40% en el empleo, el grupo que recibe la capacitación sólo aventaja al grupo testigo en 23 puntos porcentuales, lo cual sigue siendo considerable aunque no espectacular.

---

[6] Sección basada en De Moura, 1997.

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

– La empleabilidad es el desarrollo de calificaciones, conocimientos y competencias que aumentan la capacidad de los trabajadores para conseguir y conservar un empleo, progresar en el lugar de trabajo y adaptarse al cambio, elegir otro empleo cuando lo deseen o pierdan el que tenían e integrarse más fácilmente en el mercado de trabajo en diferentes períodos de su vida. Es por ello se que consideran claves de la empleabilidad de los trabajadores: la capacitación, el desarrollo de las habilidades y la formación continua, ya que estas son las que desarrollan la capacidad del individuo para hacer uso de las oportunidades de trabajo y de ganancia, y para adaptarse a los cambios que traen el progreso tecnológico y la globalización al mercado de trabajo.

Dicho de ese modo, empleabilidad es un concepto de gran difusión doctrinaria, sin embargo, dicho concepto aún no tiene acogida legislativamente en nuestro país, por que no encontramos norma alguna que la defina, y por extensión la promueva hecho que se considera esencial a fin regular una futura política pública de empleabilidad en jóvenes.

– El presente trabajo, pone énfasis en la situación de empleabilidad de los jóvenes de escasos recursos, sobre todo en el contexto de mundialización en el que nos encontramos inmersos debido a que se considera que son los segmentos de jóvenes desempleados los que corren mayores riesgos de quedar excluidos del mercado de trabajo y, por tanto, la empleabilidad deberá ser una de las características que los identifiquen. En definitiva, la debilidad ante la innovación tecnológica y la escasez de recursos, sumado a las exigencias de productividad de ciertos sectores puntuales, han creado un mercado laboral difícil para todos y doblemente difícil para los jóvenes. Es aquí donde se empieza a vislumbrar la necesidad de la presencia de políticas públicas que puedan hacer frente a los vaivenes que aparecen con los nuevos procesos económicos en el escenario mundial.

– Durante la Reforma, se incrementó la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo, esto se debió a la expansión de la demanda por parte de las empresas. También se relacionó con el dinamismo de sectores como el de servicios que acogió en su mayoría a jóvenes y en menor medida se relaciono a la reducción del costo de contratar a trabajadores jóvenes. Además, se observó un incremento en la oferta y acceso de capacitación técnica en instituciones públicas y privadas, sin embargo, éstas no llega a cumplir sus objetivos. Es así que, a causa de la diversidad de entidades que brindan capacitación y sobre todo debido a que aquellas a las que recurren los jóvenes de escasos recursos no cuentan con la moderna y adecuada implementación para brindar dicho servicio, los jóvenes presentan una baja calidad de formación. Por tanto, la escasa modernización del mercado de capacitación técnica y los problemas de desvin-

culación del sector productivo, dificultan el desarrollo en los jóvenes de las competencias necesarias para mejorar su inserción laboral. En ese sentido, el Estado, a través de PROJoven, ha intentado crear un puente entre la esfera productiva y la de la capacitación ocupacional.

– Por lo tanto, cabria preguntarse ¿Existe actualmente alguna forma de contrarrestar estas deficiencias en el sistema de capacitación? ¿Existe alguna Política Pública que promueva la empleabilidad en los jóvenes que no cuentan con una adecuada capacitación? Al responderse a estas preguntas encontramos que no existe actualmente una política de capacitación, sino más bien con lo que se cuenta es con programas con publico definido, tal como es el caso de PROJoven cuya meta es capacitar a 50 mil jóvenes en un plazo de tres años, cuando se sabe que en nuestro país hay millones de jóvenes que no trabajan ni estudian. Asimismo, PROJoven esta diseñado para jóvenes y como una estrategia de capacitación de apoyo al primer empleo.

En ese sentido, lo que se necesita es un Política Publica de Empleabilidad en Jóvenes que resuelva el problema del mercado de capacitación, mas no un programa que si bien puede colaborar para dicho fin resulta en definitiva insuficiente. Es así que para comenzar con la construcción de una Política Publica debemos en primer lugar identificar los problemas con los que contamos actualmente a fin sugerir aquellos cambios que podrían ser significativos para su cimentación.

Por un lado, se tiene el problema de dimensión, este lo podemos subdividir en beneficiarios y económica. Respecto a la dimensión de beneficiarios encontramos un programa que esta dirigido a un número reducido de beneficiarios restringiéndose de esa manera la posibilidad de capacitación a millones de jóvenes que actualmente no estudian ni trabajan, en ese sentido lo que se propone es ampliar la cobertura de capacitación para todos aquellos jóvenes que la necesiten. Asimismo encontramos el problema de dimensión económica, dirigido a la financiamiento del programa que por su monto reducido no podría ampliarse y cubrir a otros jóvenes en la misma situación de los actuales beneficiarios, para lo cual se propone recurrir a la Cooperación internacional tal como ocurre en países como Argentina cuyo programa de capacitación se encuentra financiado por un organismo multilateral.

Por otro lado, se tiene el problema de orientación de la capacitación, el programa esta diseñado para jóvenes como una estrategia de capacitación de apoyo al primer empleo. Sin embargo la tendencia actual es que la capacitación debe de ser continua a lo largo de todo la vida, pues la diferenciación solo tiene sentido cuando se sostiene en el tiempo. En ese sentido lo que se propone es invertir en una capacitación continua en el tiempo que este presente en todas la etapas de la vida laboral.

– Sin embargo, a pesar de que en nuestro país no contamos con una Política Publica de Empleabilidad en Jóvenes, no podemos negar la trascendencia con la que cuenta el Programa de Capacitación laboral Juvenil PROJoven, el cual fue creado el año 1996 y que tiene vigencia hasta el día de hoy. Dicho programa a lo largo de su historia ha contado con un riguroso sistema de evaluación de sus impactos sobre sus beneficiarios, de los cuales podemos concluir la eficacia del programa ya que se cuenta con resultados positivos en materia de inserción laboral, ingresos, disminución en la segregación ocupacional entre otros efectos.

– Asimismo a nivel comparado podemos encontrado programas similares tal como lo es Proyecto Joven en Argentina, dicho proyecto es parte de una red Políticas Publicas, que si bien cuentan con resultados positivos estos no son espectaculares, esto tal vez se pueda atribuir a que al encontrarnos frente a una Política cuyos efectos al ser a gran escala no pueden observarse con tanta claridad como cuando nos hayamos ante un programa.

– En este contexto, se considera que PROJoven ha sido un programa que ha cambiado y modernizado el sistema de capacitación, integrando al simultáneamente la necesidad de la oferta y la demanda de trabajo, teniendo al mismo tiempo impactos positivos durante todo su trayecto es así que cabria preguntarse ¿Por qué no ampliar sus efectos de manera general? ¿Por qué no hacer de PROJoven una Política Publica de Empleabilidad en los Jóvenes?

Ante estas preguntas solo hay que tener una acotación que se refiere a la interpolación de programas a políticas públicas. En ese sentido SAAVEDRA y CHACALTANA hacen bien en mencionar que los resultados obtenidos para PROJoven se circunscriben a un grupo reducido de personas, siendo difícil traspasar los resultados a otro tipo de beneficiarios. El punto favorable es que a largo plazo los efectos si deberían ser perceptibles. Un tema fundamental que es mencionado, que proviene de la teoría económica, es que los efectos a gran escala pueden desatar resultados que no se observan cuando el programa es focalizado o de pequeña escala. Es teniendo en cuenta estos efectos desfavorables que se puede hablar de una puesta en escena de un política pública imitando a PROJoven.

BIBLIOGRAFÍA

ABDALA, Ernesto, *Jóvenes, educación y empleo en América Latina. Papeles de POBLACIÓN*, Centro de Investigación y Estudio Avanzados de la Población, México, 2002.

CHACALTANA, Juan / GARCÍA, Norberto, «Reforma Laboral, Capacitación y Productividad», en GARCÍA, Norberto *et al.* (eds.), *Políticas de empleo en Perú. Consorcio de Investigación Económico y Social*, Lima, 2004.

CHACALTANA, Juan / SAAVEDRA, Jaime, *Exclusión y Oportunidad; jóvenes Urbanos y su inserción en el mercado de trabajo y en el mercado de capacitación*, Grupo de Análisis para el desarrollo, Lima, 2001.

CHACALTANA, Juan, *Empleos para los Jóvenes. Centro de Estudios para el Desarrollo y la Participación*, Lima, 2006.

CHACALTANA, Juan / SULMONT, Denis, «Políticas activas en el mercado laboral peruano: El potencial de la capacitación y los servicios de empleo», en GARCÍA, Norberto *et al.* (eds). *Políticas de empleo en Perú*. Consorcio de Investigación Económico y Social, Lima, 2004.

Conferencia OIT, Resolución sobre el Desarrollo de Recursos Humanos. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, 88ª reunión. Ginebra, junio de 2000.

DE MOURA CASTRO, Clàudio, «Proyecto Joven: nuevas soluciones y algunas sorpresas», en *Boletín Cintenfor*, 1997.

JACINTO, Claudia, «Políticas públicas de capacitación laboral de jóvenes en Argentina: un análisis desde las expectativas y las estrategias de los actores», en *Boletín Cintenfor*, 1997.

GALDO, José Carlos, «Una metodología de evaluación de impactos de los programas de educación y/o capacitación en el mercado laboral: el caso de PROJOVEN», en VÁZQUEZ HUAMÁN, Enrique, *Impacto de la Inversión Social en el Perú*, Centro de Investigación de la Universidad del Pacifico, Lima, 2000.

Grupo De Trabajo PROJoven, «La experiencia PROJoven: apoyo a la inserción de los jóvenes en el mercado laboral del Perú», en *Boletín Cintenfor*, 1997.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, «Programa de Capacitación Laboral Juvenil-PROJoven-Primera Evaluación de Impacto Decima Convocatoria», en *Informe presentado por el Área de Investigación y Desarrollo*, Lima, 2005.

Naciones Unidas. La Juventud y las Naciones Unidas [en línea], [citado 29-09-2008], Formato html, Disponible en Internet:

http://www.un.org/esa/socdev/unyin/spanish/nationalpolicy.htm

ÑOPO, Hugo / ROBLES, Miguel / SAAVEDRA, Jaime, Una mediación del impacto del Programa de Capacitación Laboral Juvenil PROJoven, Grupo de Análisis para el desarrollo, Lima, 2002.

Organización Internacional Del Trabajo – OIT, Informe sobre el empleo en el mundo 1998-1998: Empleabilidad y Mundialización-Papel fundamental de la formación. OIT, Ginebra, 1998.

Organización Internacional Del Trabajo - OIT Convenio núm. 138 Sobre la edad mínima de admisión al empleo.

TARAZONA, Silvia / MAISH, Elena, «El tránsito de la perdida del empleo a la empleabilidad. Documento de Trabajo N° 50», *Centro de Investigación de la Universidad del Pacifico*, Lima, 2002.

WEINBERG, Pedro Daniel, *Formación profesional, empleo y empleabilidad*, OIT CINTENFOR: Foro Mundial de Educación, Porto Alegre, 2004.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE UNA ENFERMEDAD PROFESIONAL, POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES

Jeison K. Lescano Villanueva
Universidad Nacional de Trujillo

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

El tema a abordar, se presenta como un gran desafío para el derecho pues combina en su esencia características propias del derecho civil o común, aplicadas con gran sistematización al derecho laboral, de componentes proteccionistas a la parte más débil: el trabajador.

Las enfermedades profesionales y accidentes de trabajo son las principales causas de los reclamos o demandas sobre Indemnización de Daños y Perjuicios, en el ámbito laboral, pero ¿Es responsable el empleador por el devenir de un accidente de trabajo o enfermedad profesional?, pues la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, han determinado diversos supuestos básicos para dar respuesta a esta interrogante, que nos permitirá observar si el empleador es responsable y en que casos no lo es. Si bien es cierto el Derecho Laboral, por principio, es proteccionista; no podremos caer en el error de achacarle todo la responsabilidad al empleador, de causas no atribuibles a éste.

Es importante determinar que la relación laboral, en cualquier parte del mundo, genera deberes y derechos entre las partes, que exigen un determinado comportamiento y su respectivo cumplimiento, esto es al momento de la celebración y en la ejecución del contrato de trabajo. El incumplimiento de éste, genera entre sí, una responsabilidad de la parte involucrada hacia la otra, y es preci-

samente la que vamos a tratar en este trabajo, pero enmarcada desde el punto y condiciones en los casos que el empleador es responsable en las demandas de Indemnización de Daños y Perjuicios, derivadas de una enfermedad profesional por el incumplimiento de las obligaciones laborales.

El tratamiento doctrinario del tema, nos arroja a pensar en lo grave del tema, pues no se trata solo del aspecto económico, o la pérdida o desocupación en el trabajo, sino que se trata de un tema que tiene que ver con la salud del trabajador, que puede verse diezmada e incluso conducirla a la jamás indemnizable: la muerte.

II. LAS IMPLICANCIAS DEL TEMA DESDE LA DOCTRINA

Muchas veces la doctrina se adelanta y brinda luces a la solución de los problemas y en el Derecho Laboral no es la excepción. Veamos algunos alcances de ésta, en el tema a tratar:

1. Las enfermedades profesionales

1.1. Concepto de enfermedad y enfermedad profesional

Antonio VÁZQUEZ VIALARD define a la primera «como un estado anormal de la salud (psíquica o física) que temporalmente produce una incapacidad para trabajar *o para realizar alguna actividad física o mental*»[1], lo subrayado es nuestro. La segunda tiene un agregado, que su causa está estrechamente relacionada con el ejercicio de la actividad laboral (adquirida en el puesto de trabajo, siendo éste, por cuenta ajena), otro de los requisitos según nuestra legislación es lo prescrito en el D.S. N° 003-98-SA, abril 1998 sobre Normas Técnicas del SCTR en su Art.30° encarga a la Comisión Técnica Médica-CTM, Ley N° 26790, a incluir el padecimiento sufrido al listado de enfermedades profesionales, establecido por dicha entidad (incluyen a 30 enfermedades profesionales).

El Reglamento de la Ley 26790 (Ley de la Modernización de la Seguridad Social en Salud) D.S. N° 009-97-SA prescribe en el Inc. n) del Artículo 2 entiende como enfermedad profesional «todo estado patológico permanente o temporal que sobreviene al trabajador como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña o del medio en que se ha visto obligado a trabajar».

Anota Francisco ROMERO MONTES, «Que las enfermedades profesionales, son aquellas patologías adquiridas por el trabajador dentro del ambiente laboral por las características y modalidad de la tarea realizada, que a través de una

---

[1] VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 1999.

evolución generalmente lenta produce un daño psíquico y/o físico en la salud del trabajador, que lo incapacita para cumplir con su trabajo habitual»[2].

Asimismo el Comité Mixto de la OIT/OMS, se refiere a la enfermedad profesional «como toda afectación directamente relacionada con el ejercicio de una determinada profesión u oficio o con el ambiente en que se lo ejerce, generalmente de curso crónico y que aparece con una frecuencia mayor en personas o grupos vinculadas a una determinada tarea»[3].

La enfermedad profesional, que en muchas sentencias el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, pueden ser acreditadas por un informe médico que determine su incapacidad, logrando así, en el proceso laboral certificar el daño sufrido y las causas de éste.

Según GASTÓN VELÁSQUEZ, «jurídicamente, toda enfermedad profesional implica una lesión, pero como tal, su etiología debe estar ligada a la ocupación, esto marca la imputabilidad del ámbito de aplicación del derecho laboral»[4].

De lo dicho podemos colegir que existe una relación directa entre el evento productor del daño y la ejecución del trabajo, esta relación determina la causalidad adecuada o el nexo causal de las demandas de indemnización de daños y perjuicios, para así, imputarte o no, responsabilidad al empleador por su conducta, dolo o culpa (negligencia, imprudencia)[5]. De aquí se desprende la responsabilidad de empleador por su actuar negligente o culposo, por tanto, derivadas del incumplimiento de las obligaciones laborales.

2. Conceptos básicos de empleador, trabajador y responsabilidad

En palabras de Manuel OSORIO, empleador sería «La persona física (aunque el concepto también cabe aplicarlo a las personas jurídicas) que en el contrato laboral, da ocupación retributiva a los trabajadores que quedan en relación subordinada; es el propietario de la empresa» y en cuanto a trabajador nos expone «que es uno de los sujetos de la relación laboral y es quien recibe el trabajo, en forma remunerada y con relación de dependencia»[6].

---

[2] ROMERO MONTES, Francisco, «la Competencia y Los Riesgos Laborales», en *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*, p. 6.

[3] PAVESE-GIANIBELLI, *Enfermedades Profesionales en la Medicina del Trabajo y en el Derecho Laboral*, Universidad Buenos Aires, 1989, p. 79.

[4] VELÁSQUEZ VILLAMAR, Gastón, *Aspectos Jurídicos sobre Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, 2004.

[5] TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Grijley, Lima, 2003, p. 97.

[6] OSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Heliastra, Buenos Aires, 1999.

Para nuestro entender, el empleador es la parte de la relación laboral, persona natural o jurídica, empresa unipersonal, sociedad irregular o de hecho, cooperativa de trabajadores, entidad del sector público o privado o cualquier otro ente colectivo, que provee un puesto de trabajo a una persona física para que preste un servicio personal bajo su dependencia y subordinación, a cambio del pago de una remuneración o salario; y el trabajador es, la persona que con capacidad presta sus servicios en forma voluntaria al empleador por una retribución o pago, en condiciones y modalidades suficientes para el trabajo.

En cuanto a la responsabilidad, diremos que es un concepto que aparece producto de la ruptura de la armonía en las relaciones de los hombres o grupos humanos, cuando por algún actuar doloso o culposo del sujeto activo, llega a afectar la esfera de los intereses de alguna o varias personas, produciéndole algún daño, daño que por doctrina, jurisprudencia y legislación deberá ser resarcido.

En cuanto a la responsabilidad jurídica, nos manifiesta Pablo LARRAÑAGA, «surge cuando el sujeto transgrede un deber de conducta señalado en una norma jurídica que, a diferencia de la norma moral, procede de un organismo externo al sujeto, principalmente el Estado, y es coercitiva. Son normas jurídicas porque establecen deberes de conducta impuestos al sujeto por un ente externo a él, la regla puede ser a través de prohibiciones o de normas imperativas. La responsabilidad es el complemento necesario de la libertad. El efecto propio en las normas jurídicas es la reacción que el Derecho (o la sociedad toda) tiene respecto del sujeto que viola la norma jurídica, que se supone no es otra cosa que la manifestación del querer de todos. La sanción es la reacción que tiene la sociedad toda, respecto de este incumplimiento»[7].

Este incumplimiento es reprochable al empleador cuando no observa las normas laborales y más aún, las obligaciones devengadas de la actividad patronal, produciendo daños (físicos o psíquicos) a sus trabajadores, exigiendo que exista nexo causal entre la víctima y el autor del hecho dañiN° La responsabilidad puede ser contractual y extracontractual.

3. Naturaleza jurídica de las indemnizaciones de daños y perjuicios derivados de una enfermedad profesional, por el incumplimiento de las obligaciones laborales

3.1. Naturaleza de este tipo de indemnizaciones

Para establecer la naturaleza de las indemnizaciones de daños y perjuicios derivados de una enfermedad profesional por el incumplimiento de obligaciones

[7] LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de la Responsabilidad*, Fontamara, México, D.F., 2000 (Fragmento de la Tesis Doctoral dirigida por el Prof. Manuel ATIENZA).

laborales, tenemos que partir de la aceptación de la existencia de un contrato de trabajo (expreso o tácito), que constriñe a las partes a modular sus conductas a un actuar pactado, claro está, respetando las normas laborales y constitucionales previstas[8].

Con respecto a esto, Fernando Elías MANTERO nos señala que «en el caso de los sujetos de la relación laboral, la responsabilidad es de naturaleza contractual [...] El contrato de trabajo puede generar obligaciones expresas o implícitas, siendo las primeras consignadas expresamente por las partes y que pueden estar referidas a la forma como se llevara a cabo su ejecución [...] Las obligaciones mencionadas en su mayor parte son implícitas y no tienen que estar reconocidas o mencionadas de manera expresa a través de un contrato escrito en una relación que es fundamentalmente consensual y que además por su naturaleza tiene una fuerte influencia legal, en tanto que las obligaciones están reguladas en la norma legal»[9].

En efecto, creemos que las obligaciones laborales están contempladas en la norma legal[10], y que éstas, forman parte de las obligaciones implícitas o tácitas, que la partes, sin plasmarlas en un contrato laboral, se obligan a cumplir, puesto que son de cumplimiento obligatorio. Éstas son las que se desprenden de la actividad que realiza el operario o trabajador, en el caso de las enfermedades profesionales, generalmente son consecuencia del trabajo de riesgo (industrial, minero, etc.), estas normas prescriben el cumplimiento de las medidas de seguridad, salud e higiene laboral, para con los trabajadores y el lugar o ambiente donde, éste, va a desarrollar sus labores. Como también la obligación de evitar los riesgos laborales.

Al respecto del D.S. 009-2005-TR, Karla CÁNOVA, sostiene: «[...] Que el reglamento de seguridad y salud en el trabajo, es norma aplicable a todas las empresas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, el cual contiene una serie de obligaciones que deben ser cumplidas por los empleadores»[11].

Como sostiene GÓMEZ VALDEZ, «las contingencias laborales se presentan, lamentablemente, pese a las medidas de seguridad impuestas por la reglamentación gubernamental o convencional. Pareciera que se trata de estigmas que el trabajador ha de soportar con ocasión de la ejecución de su contrato

---

8 GÓMEZ VALDEZ, Francisco, *Derecho del Trabajo*, San Marcos, Lima, 2007, p. 201.

9 MANTERO Elías, Mantero, «Responsabilidad Patrimonial derivados del Incumplimiento de las Obligaciones Laborales», *en Trabajo y Seguridad Social, Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez, Grijley, Lima, 2008, pp. 269, 282.*

10 D.S. N° 009-2005-TR, *Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, f.p. 29/09/2005.*

11 CÁNOVA TALLEDO, Karla, «Implementación de los Registros en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo», en *Soluciones Laborales Feb.-2008*, p. 41.

de trabajo. Por tanto, el incumplimiento parcial, total o defectuoso de la normatividad laboral, coloca al empleador en una posición de abierta transgresión, y consecuentemente responsable de las contingencias, si es que éstas se producen»[12].

Afirma Jorge RENDÓN, que «la prestación de trabajo debe efectuarse en forma tal que no dañe la salud del trabajador. Esto supone, que en el centro de trabajo y en la realización de la labor deben existir determinadas condiciones que impidan o atenúen, hasta donde sea posible, el acaecimiento de las enfermedades profesionales»[13].

De lo expuesto, el incumplimiento de las obligaciones laborales, expresas o tácitas en un contrato, ocasionadas como consecuencias del trabajo y en una relación de dependencia, por el empleador; generaría una acción indemnizatoria para con el trabajador, si éste llega a afectarse de tal inobservancia, expresado en el daño a su integridad física o psíquica.

La inobservancia de los aspectos anteriormente revisados, se constituyen, por devenir de un contrato de carácter laboral, en concerniente al derecho de trabajo, por tanto su naturaleza es propiamente laboral, aún cuando las instituciones, tales como, la responsabilidad civil contractual y las indemnizaciones, son plenamente civiles; sin embargo, estos son adecuados de manera maestra y en modo más cercano y posible al proceso laboral, con todas sus normas especiales y proteccionistas, sin desnaturalizar la acción.

3.2. Naturaleza de este tipo de indemnizaciones y las prestaciones generadas a partir del seguro complementario de trabajo de riesgo (Ley N° 26790)

Para muchos tratadistas del derecho laboral y de la seguridad social, éste es un tema conflictivo, puesto que no se ha determinado mediante una norma, los límites entre las indemnizaciones de daños y perjuicios derivadas de una enfermedad profesional por el incumplimiento de las obligaciones laborales y el SCTR[14]. Sobre las primeras diremos que son con ocasión del incumplimiento del contrato de trabajo y las normas laborales, imputadas al empleador (con los eximentes del caso), y que determinan, según el daño y la responsabilidad sobre éste, una compensación económica única, por su inejecución. Ésta cubrirá los

---

[12] GÓMEZ VALDEZ, Francisco, *El contrato de Trabajo, t. 1*, San Marcos, Lima, 2000, p. 369.

[13] RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho del Trabajo Individual*, 5ª ed., Lima, 2000, p. 132.

[14] Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, implementado por la Ley N° 26790 de Modernización de la Seguridad Social en Salud, f.p. 17/05/97, que deroga al D.S. N° 18846 Seguro Social del Obrero.

conceptos de la clásica división del daño emergente, lucro cesante y el daño moral[15]. En cambio, cuando hablamos de las prestaciones de salud y subsidios especiales económicos, nos referimos a aquellas reguladas por el Art. 19 (SCTR) de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, «el seguro complementario de trabajo de riesgo, otorga cobertura especial a los afiliados regulares del Seguro Social de Salud que desempeñan actividades de alto riesgo, determinadas mediante decreto supremo [...] a)El otorgamiento de prestaciones de salud en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y b)Otorgamiento de pensiones de invalidez temporal y permanente [...] como consecuencia de un accidente o enfermedad profesional». Entonces, con el SCTR, se logrará obtener una pensión de invalidez vitalicia o no, según el grado de incapacidad[16].

El Tribunal Constitucional ha establecido en el Expediente N° 4767-2003-I.D.P(AyS)[17] en su sétimo considerando «que la contratación del.Seguro a que se refiere el Decreto Ley N° 18846 sustituido por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo establecido por el Decreto Supremo N° 003-98-SA, *en nada afecta la posibilidad que tienen los trabajadores de reclamar una indemnización por enfermedad profesional, pues la naturaleza de dicho Seguro se ubica en ámbito de la Seguridad Social y no en el Derecho Laboral*; y además considera que no solo por la contratación del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo el empleador quedaría liberado de toda responsabilidad por los infortunios de trabajo pues esto permitiría que la parte patronal incumpla con dotar a los trabajadores de mejores condiciones de higiene y seguridad, con el fácil argumento que todo accidente será asumido por el seguro antes mencionado».

Se puede colegir de lo mostrado, que ambas instituciones son de naturaleza y tratamiento diferente, por tanto, que una se da a consecuencia del incumplimiento de la obligación contractual o legal, enmarcada dentro de las esferas o alcances del derecho del trabajo; en contraposición con las otras que encuentran anidadas dentro de la protección del derecho de la seguridad social.

---

[15] Entiéndase, *Daño Emergente*, como un daño positivo, porque consiste en la disminución del patrimonio ya existente del acreedor; *Lucro Cesante*, La frustración de un aumento de dicho Patrimonio.

[16] Campos Torres, Sara, *Protección Constitucional y Laboral de los Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, Sentencia del TC. Exp. 6612-2005-AA/TC, Cuadro N° 02 de la Ley 26790 y D.S. 003-98-SA, Gaceta Constitucional, Análisis y Critica, Jurisprudencia Laboral y Previsional, p. 284.

[17] Sentencia del TC, Exp. N° 4767-2003-I.D.P(AyS)/TC.

4. Responsabilidad del empleador por las enfermedades profesionales que puedan contraer sus dependientes

4.1. Teorías acerca de la responsabilidad del daño causado

La doctrina civil reconoce dentro de las fuentes de las obligaciones a la responsabilidad civil contractual y extracontractual. La primera, emana de la inejecución de obligaciones[18], derivada de un acuerdo de voluntades plasmada en un contrato, ya sea verbal o escrito, y la segunda referida al daño producido sin relación previa entre las partes, y que ese actuar se devenga en ilícito o contrario a la ley. Este tipo de responsabilidad, es consecuencia del incumplimiento de un deber genérico de no causar daño a otro[19].

Según Francisco ROMERO MONTES, «existen otras diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, así por ejemplo, los daños y perjuicios de los que responde el deudor de la responsabilidad civil contractual son los previstos o los que hubiera podido preverse al tiempo de ejecución de la obligación y que sean consecuencia de su falta de cumplimiento. El Art. 1321 del C.C. Peruano, dispone que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve[20]. En cambio, la responsabilidad civil extracontractual, es mucho mayor desde que contempla los daños y perjuicios previstos y los no previstos[21]».

Partamos de que «quien por dolo o culpa, causa un daño a otro, tiene que repararlo» por ser responsable de tal, como autor o participe del acto causal (el culpable, el causante, el empleador, el asegurador, el dueño del animal, etc.), (Art. 1969 del C.C. Peruano y que, sobre la responsabilidad subjetiva, deja a salvo, el descargo de su autor por falta de dolo o culpa). Según el tipo de responsabilidad (penal, civil, administrativa o laboral), el resarcimiento será, en muchos casos económico, sin que éste sea el único mecanismo reparatorio.

Luego aparece en el panorama de la responsabilidad civil, el principio de la responsabilidad objetiva, que parte de hechos reales en relación a la conducción del daño (nexo causal entre el hecho y el daño) y ambos conjugados arrojan la

---

[18] Título IX, Capitulo I del Libro de las Fuentes de las Obligaciones del Código Civil Peruano.

[19] TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Grijley, Lima, 2003, p. 30.

[20] Art. 1318 del C.C. «Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación»; Art. 1319 del C.C. «Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación»; Art. 1320 del C.C. «Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

[21] ROMERO MONTES, Francisco, «la Competencia y Los Riesgos Laborales», en *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*, p. 2.

conclusión de acreditar la responsabilidad del actor, ya no por causas subjetivas, sino más bien, por causas fácticas y comprobables. Asimismo, prescribe el Art. 1970 del C.C. Peruano, «aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, cause un daño a otro, está obligado a repararlo».

Estas teorías acerca de la responsabilidad civil nos encaminan para cuando veamos las teorías acerca de la responsabilidad del empleador.

4.2. Teorías sobre la responsabilidad del empleador en las indemnizaciones derivadas de una enfermedad profesional.

Partiendo de la idea que la indemnización de daños y perjuicios derivada de una enfermedad profesional está dentro de la responsabilidad civil contractual, según las teorías planteadas, las que se esbozan en diferentes latitudes unas más claramente influenciadas por la teoría de la responsabilidad contractual (acciones u omisiones con que se causa un daño o perjuicio a otros, teniendo en cuenta el propio descuido, la imprudencia o impericia, la culpa o el dolo según sea el caso) y otras contrarias a éstas; el Código Civil Ecuatoriano en su Art. 2247, refiere «[...]Toda persona es responsable no solo en su propias acciones sino en el hecho de los que estuvieren a su cuidado [...] así, los jefes de colegios y escuelas responden por el hecho de sus discípulos mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes en el mismo caso. Pero cesará la obligación de estas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho»[22]; una vez definida la responsabilidad, materia de nuestro trabajo, pasaremos a enunciar las teorías que en la doctrina son punto de discusión: La teoría del Riesgo Creado, la teoría del caso fortuito, la teoría del riesgo profesional y la teoría del riesgo de autoridad.

Teorías de la Responsabilidad Subjetiva[23]

Según ***la teoría del riesgo creado,*** por la que sólo es suficiente que exista un daño y un vínculo de causalidad con el trabajo, la culpa no es un elemento que afecte el derecho a la indemnización. El código de Trabajo Ecuatoriano lo señala claramente en el Art. 361: «[...] La imprudencia profesional, o sea la que es consecuencia de la confianza que inspira el ejercicio habitual del trabajo (por parte del trabajador), no exime al empleador de responsabilidad».

La teoría del caso fortuito, determina que en todos los accidentes derivados por caso fortuito el empleador es responsable. La única excepción sería como lo

---

[22] Velásquez Villamar, Gastón, *Aspectos Jurídicos sobre Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, 2004.

[23] *Ibidem*, pp. 23.

prescribe la legislación ecuatoriana: «Cuando se debiera a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por tal la que no guarda ninguna relación con el ejercicio de la profesión o trabajo de que se trate».

Teorías de Responsabilidad Objetiva[24]

Teoría del riesgo profesional, por la cual el empleador es responsable de los hechos dañinos al ser quien coloca en situación de riesgo al trabajador en relación a los medios técnicos con los que desarrolla su labor.

Teoría del riesgo de autoridad, la cual reconoce que en virtud de la dependencia propia de toda relación laboral, el empleador es responsable de los infortunios de trabajo.

Es a partir del estudio sistemático de las teorías formuladas y dado el contexto sociolaboral en el cual se desarrolla nuestra investigación, que consideramos pertinente y aplicable la teoría del riesgo profesional para el caso de las indemnizaciones de daños y perjuicios derivados de una enfermedad profesional por el incumplimiento de las obligaciones laborales, pues encajan dentro de la actividad laboral peruana, esgrimidos en los principios del derecho constitucional y laboral, como lo es el principio protector que busca igualar a las partes mediante una desigualdad, ya que como sabemos es el trabajador la parte más débil en la relación laboral y por ende en el proceso laboral.

Cabe precisar al respecto, que en el campo del derecho de la seguridad social, según lo manifiesta Sara Campos, «la teoría del riesgo profesional ha sido cambiada por la teoría del riesgo social (actualmente vigente), la cual remite a la colectividad la reparación de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, sin considerarse la naturaleza de la industria o actividad a que se dedica el empleador, papel que hoy debe cumplir el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR)»[25].

4.3. Factores de atribución de responsabilidad

En este punto es necesario revisar el derecho civil, para que sistemáticamente, pueda ser adecuado al derecho laboral. Los factores de atribución en materia de responsabilidad contractual son: la culpa, como sinónimo de responsabilidad; mientras que en el ámbito extracontractual hablamos de la culpa, como componente de un deber de cuidado genérico, y el riesgo creado[26]. Por didáctica veremos el tema de los factores de atribución en el sistema de la responsabilidad contractual.

---

[24] *Ibidem*, pp. 23.
[25] *Ibidem*, p. 6.
[26] *Ibidem*, p. 3, p. 36.

4.3.1. La culpa

Al hablar de culpa como sinónimo de responsabilidad, no podemos analizarla de manera tangencial, pues la culpa –por decirlo de algún modo– tiene graduaciones tales como la culpa grave o inexcusable, la culpa leve y el dolo, que determinarán el grado de responsabilidad (con atenuantes o sin ellas) del actor, deudor y para nuestro análisis, el empleador.

La culpa grave o inexcusable, es la que se puede conceptuar como la acción temeraria, descuidada o negligente, de tal magnitud que no admite excusa, pues, en los términos del actuar correctamente, ella implica en sí misma una falta de cuidado gravísima. Por ejemplo, en el reglamento de la ley de inspección del trabajo, aprobado por el D.S. N° 019-2006-TR, nos prescribe que el actuar de un empleador es muy grave cuando: No observa las normas en materia de protección de la seguridad de salud de los trabajadores, más aún en estado de embarazo, lactancia, menores de edad y/o incapacidad; no adoptar las medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en los de riesgo grave e inminente; el incumplimiento de las obligaciones establecidas en disposiciones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, en actividades de alto riesgo; etc.[27] En el Código Civil Peruano está regulado en el Art. 1319 señalando que «incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación».

La culpa leve, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, esto implica una diligencia ordinaria o de cuidado ordinario o mediano al momento de actuar. Según establece el Art. 26 del D.S. N° 019-2006-TR, son infracciones leves las siguientes: La falta de orden y limpieza en el centro de trabajo, que no implique un riesgo adicional; no comunicar a la autoridad competente en caso de enfermedad o accidente de trabajo ni tampoco la apertura del centro de trabajo, la reanudación o continuación de los trabajos después de efectuar alteraciones o ampliaciones de importancia; los incumplimientos de las disposiciones relacionadas con la prevención de riesgos en el trabajo, siempre que no afecten la integridad del trabajador. En el Código Civil Peruano está regulado en el Art. 1320, señalando que «actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar». Cabe señalar lo que prescribe el tercer párrafo del Art. 1321 del Código Civil Peruano, que agrega «si la inejecución o el cumplimento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedece a culpa leve [...]».

---

[27] Cánova Talledo, Karla, «Implementación de los Registros en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo», en *Soluciones Laborales Feb.-2008*, pp. 43-44.

El dolo se define como la voluntad consciente y no coaccionada (contraria a la ley) de ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legitimo de otro. También podría ser el incumplimiento de alguna obligación contraída. En el Código Civil Peruano está regulado en el Art. 1320 dispone que «procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta una obligación».

De lo acotado podremos decir que los factores de atribución, en la responsabilidad laboral, serán fundamentales para determinar el grado de imputación del incumplimiento al empleador y las formas de atenuárselas si fuera el caso.

4.4. El daño

Este aspecto es fundamental en la responsabilidad que pudiera tener el empleador para con sus dependientes, pues sin este componente no tendría razón ni la indemnización, ni este trabajo, de ahí la importancia del tema, pues en grado y forma del riesgo profesional creado, recaerá la acción o conducta, en forma fáctica y concreta hacia el trabajador. A los daños que nos vamos a referir en este trabajo son los producidos por los riesgos laborales, específicamente, los de enfermedad profesional.

Según Lizardo TABOADA, «se entiende por daño, la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo por el ordenamiento jurídico [...] el daño es todo menoscabo a los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el Derecho ha considerado merecedores de la tutela legal»[28].

Cabe precisar que el daño puede dividirse, pedagógicamente, en patrimonial y extrapatrimonial. El primero, es el que recae sobre el patrimonio, ya sea en forma directa sobre las cosas que lo componen o indirecta como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades, este daño es normalmente cuantificable, atribuido en el Art. 1321 del C.C. Peruano; a diferencia, el daño extrapatrimonial, es el detrimento o perjuicio causado a bienes no pecuniarios en nuestra legislación, se refiera al daño moral y al daño en la persona.

El daño patrimonial, está particionado en dos grandes estructuras, como son: el daño emergente y el lucro cesante.

Fernando ELÍAS[29] los define de siguiente manera:

«*El Daño Emergente*, dirigido a compensar lo que la persona sufre por el hecho dañoso desde que se produce, estableciéndose sobre la base de lo que se

---

[28] *Ibidem*, p. 3, p. 34.

[29] ELÍAS MANTERO, Fernando, «Criterios Uniformes de Valoración de Daños en Materia Civil, Penal y Laboral», p. 77.

tiene que desembolsar directamente con el objeto de restituir las cosas hasta su momento anterior al resultado dañoso y compensar los efectos directos del mismo (P. ej. los gastos médicos, la reparación del bien averiado, etc.) [...] *El Lucro Cesante,* está dirigido a establecer lo que se deja de ganar hacia el futuro como consecuencia del hecho dañoso. Es un cálculo estimativo o especulativo sobre la base de variantes que se pueden producir o N° La estimación de los daños se desarrolla sobre la base de la experiencia de ingresos, así como del cálculo de las probabilidades hacia el futuro».

Con respecto al ***Daño Moral y Daño a la Persona,*** son los causados por el hecho dañoso, que tienen un fuerte impacto en el interior del ser o del trabajador tanto como para su familia (la doctrina autorizada llama a esta figura: sufrimiento). Las reglas aplicables a esta institución, están definidas en el Art. 1984 y 1985 del Código Civil.

Si bien es cierto, en el tema de la indemnización de daños y perjuicios derivados de una enfermedad profesional por el incumplimiento de las obligaciones laborales, de modo genérico y como consecuencia producida hacia la integridad física y psíquica del trabajador, que a nuestro entender, es incuantificable, pues ¿cuanto puede valer la salud o la vida de un ser humano?, ¿se atreve a ponerle precio a este bien jurídicamente protegido por al constitución y los DD.HH.?, sin duda es un tema muy conflictivo por la prevalencia del bien jurídico en discusión sobre cualquier otro. Sin embargo se ha previsto usufructuar las reglas aplicables del titulo IX del libro VI de las obligaciones del Código Civil Peruano, para poder, de algún modo, resarcir los daños causados al trabajador por el incumplimiento de las obligaciones laborales por ser (el contrato de trabajo y las normas laborales, implícitamente aplicadas a éste), de naturaleza contractual.

Para Alberto José MAZA, «los daños psicofísicos indemnizables son los que provoquen en la víctima incapacidad para proveerse el salario. Es la consecuencia dañosa del trabajo lo que se indemniza. La que puede manifestarse en forma inmediata o hacerlo con el correr del tiempo»[30].

4.5. Relación de causalidad

No habría daño sin las causas adecuadas para producirlo, como tampoco tendría responsabilidad el actor dañoso (el empleador), si su actuar no es causa originaria del daño. Por ello es que hablamos de la importancia de la relación de causalidad, que es la relación jurídica de causa a efecto, entre la conducta ilícita

---

[30] MAZA, Alberto José *et al., Daños por Accidentes y enfermedades de Trabajo,* Rubizal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 19.

(entiéndase para el trabajo, el incumplimiento de las obligaciones laborales, como supuesto fáctico) y el daño producido a la víctima (entiéndase, enfermedad profesional o accidente de trabajo). Esta relación de causalidad, implica la existencia de las fuentes o instrumentos idóneos, capaces de producir el acto dañoso en el trabajador, ya sea en lo físico o psíquico; además de tener un criterio de razonabilidad para determinar apropiadamente esta relación.

Para Julián Arturo DE DIEGO, «la relación de causalidad nos refiere que existen determinados elementos como son: 1) debe haber una fuente generadora del agente hostil, como puede ser un equipo, una máquina (o el ruido de ésta), la instalación, el lugar de trabajo (mina - socavón), etc. que por sí puede generar o devenir en una enfermedad profesional [...]». 2) El daño efectivo (recae en el trabajador, verificable mediante un informe médico). 3) Inexistencia de exclusiones [...] (determinarían la no responsabilidad del empleador)»[31].

Según Alberto José MAZA, la relación de causalidad «está inspirada en principios protectorios del derecho del trabajo y no responde a la noción de culpabilidad, a la que el empleador puede ser ajeno, sino a la causalidad, en función de la cual se instaura esta presunción de responsabilidad [...] salvo los eximentes de responsabilidad»[32].

Esta presunción, a la que hace alusión José MAZA, es la que está establecida por ley y admite prueba en contrario: *la presunción Iuris Tantum*, o sea, permite al empleador desvirtuar o probar la inexistencia de un hecho y salir bien librado de cualquier imputación (incumplimiento de las obligaciones laborales).

4.6. Eximentes de responsabilidad del empleador

La responsabilidad empresarial derivada de un riesgo profesional tiene, como es lógico, un límite; pues no podemos abusar del empleador, que es en la relación laboral la parte más fuerte, pues estaríamos sobrepasando los máximos que la norma laboral otorga. Nadie es responsable por el daño no causado, es así, que si el trabajador adquiere una enfermedad profesional por

causas desconocidas a las del incumplimiento de las obligaciones laborales inherentes al contrato de trabajo por parte del empleador, a nuestro criterio, éste queda exento de toda responsabilidad. Esto no implica una desprotección para con el trabajador, pues si bien es cierto, contra el empleador no se le podría, eventualmente iniciar una demanda de indemnización por daños y perjuicios derivados de un enfermedad profesional, existe la protección del derecho de la

---

[31] DE DIEGO, Julián Arturo, *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, LexisNexis, Bs. Aires, 2002, p. 859.

[32] *Ibidem*, pp. 31.

seguridad social, que prevé la obligatoria contratación del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, por el empleador, y como consecuencia de ello, dependiendo del grado de incapacidad para el trabajo, se le proporciona una pensión vitalicia de incapacidad, logrando con esto, proteger al trabajador de los eventuales riesgos profesionales y aminorando los gastos o cargas que antiguamente se imputaban al empleador, por causas creadas y no creadas por éste. Esto es lo que denominaremos la Protección Integral del Trabajador.

4.6.1. Causas no imputables

Según Antonio VÁZQUEZ VIALARD, lo clasifica en: «***a) Las provocadas por dolo del trabajador,*** es decir la voluntad de provocar el accidente o la enfermedad profesional»[33], en este supuesto, sería casi imposible, probar el dolo del trabajador en una enfermedad profesional, puesto que ésta se da por alguna causa a lo largo del tiempo; pero no tanto, para el supuesto del accidente de trabajo, por ser un suceso súbito e instantáneo.

El mismo autor, refiere como segundo supuesto «***b) Fuerza mayor extraña al trabajo,*** no existe razón para asignarle a una persona, empleador o no, las consecuencias dañosas provocadas por la misma [...] ya que, le habría ocurrido al trabajador con independencia del trabajo»[34], *en tanto que no habría relación de causalidad entre el hecho productor y el daño causado.* Lo subrayado es nuestro. Como tercer supuesto c) «***Las incapacidades preexistentes a la iniciación de la relación laboral y acreditadas en el examen pre-ocupacional efectuado según las pautas establecidas, y bajo responsabilidad del empleador.*** [...] en realidad no se trata de una exclusión, sino de un hecho ajeno a la responsabilidad del empleador»[35], en estos supuestos son lógicos los argumentos esgrimidos, pues no se puede imputar hechos ajenos a la actividad que se desarrolla en el trabajo, como hechos ajenos al empleador, haciendo la aclaración, que si éste no le practica los exámenes pre-ocupacionales al momento de la iniciación de la relación laboral, queda totalmente acreditada su responsabilidad y consecuentemente a salvo la acción de indemnizar al dependiente.

A nuestro criterio, creemos necesario agregar a esta lista de eximentes, «***los del caso fortuito y la fuerza mayor***»[36], pues son instituciones que de su causa se devengan hechos no imputables jurídicamente al empleador.

---

[33] *Ibidem*, p. 2, p. 590.
[34] *Ibidem*, p. 2, p. 590.
[35] *Ibidem*, p. 2, p. 591.
[36] Entiéndase por *Caso Fortuito, como un* suceso que no ha podido preverse, ni evitarse, producido por la naturaleza; y *La fuerza Mayor*, suceso no previsto, ni evitable, producido por el acto del hombre.

4.7. Deberes del empleador

Son deberes genéricos los siguientes establecidos según Antonio VÁZQUEZ VIALARD[37]:

a. «***Dar ocupación efectiva y adecuada a los trabajadores,*** se constituye en la primera obligación y está referida a lo especificado en el contrato, según su propia calificación y categoría [...] deberán proveerse de los medios o elementos necesarios para que pueda cumplir su labor (herramientas, máquinas, ropa especial, sistemas de protección para la seguridad y salud del trabajador, etc.)»

b. «***Cumplir con los demás deberes legales,*** esto referido a que además del cumplimiento de las obligaciones pactadas, también existen las obligaciones implícitas que resultan de la ley, de los estatutos profesionales, convenios colectivos de trabajo, etc.»

c. «***Dar seguridad y condiciones dignas de labor,*** dar trabajo en las condiciones pactadas de carácter legal como contractual [...] La ley exige al empleador con respecto al trabajador la diligencia debida, a fin de que la prestación laboral no ocasione a éste empobrecimiento de su vida física, biológica y psíquica mayor al normal [...], el empleador debe observar las disposiciones de carácter legal y reglamentaria sobre higiene y seguridad en el trabajo».

d. Para Julián Arturo DE DIEGO, otro de los deberes del empleador sería «***El control médico,*** el empleador debe brindar un control periódico a sus trabajadores, esto incluye, lógicamente, los exámenes médicos pre-ocupacionales, anuales o semestrales y de retiro»[38].

Nuestra legislación, en el ***D.S. 009-2005-TR, reglamento de salud y seguridad en el trabajo, en su Art. 38 y ss.,*** también prevé las obligaciones del empleador, siendo las más pertinentes para el tema, las siguientes:

a) El cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo.

b) La protección de la seguridad y salud de todos los trabajadores, en el centro de trabajo y con ocasión de este.

c) La mejora continua del desempeño del sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo.

d) Practicar exámenes médicos antes, durante y al término de la relación laboral a los trabajadores.

---

[37] *Ibidem*, p. 2, t.1, pp. 361, 378-379.

[38] *Ibidem*, p. 12, pp. 458 – 459.

e) Capacitar y entrenar anticipada y debidamente a los trabajadores.
f) El empleador debe proporcionar a sus trabajadores equipos de protección personal adecuados, según el tipo de trabajo y riesgos específicos presentes en el desempeño de sus funciones.
g) Formular y cumplir con planes anuales y demás obligaciones establecidos en los reglamentos de seguridad, salud e higiene laboral.

Anteproyecto de la ley general de trabajo

El anteproyecto nos brinda una mejor perspectiva sobre los deberes del empleador, pues enumera cada uno de ellos, integrándolos formalmente a la Relación de Trabajo y permitiendo así, contar con un marco normativo laboral que incluye como una de sus premisas básicas los deberes del empleador en materia de seguridad, salud e higiene.

5. Incumplimiento de las obligaciones del empleador

El incumplimiento del contrato de trabajo y de la normatividad laboral (implícita a él), conduce a la inevitable responsabilidad del empleador para con su dependiente, estos efectos serán de tipo Laboral, Civil, Penal y Administrativo.

Responsabilidad Laboral

Es la derivada del incumplimiento del contrato de trabajo y la legislación laboral y constitucional, referida a los temas de enfermedad profesional, seguridad, salud e higiene en el trabajo. El efecto de este tipo de responsabilidad son las demandas de indemnización de daños y perjuicios derivadas de una enfermedad profesional, aplicando las normas del derecho civil, del título IX del libro de las fuentes de las obligaciones: «Inejecución de Obligaciones». El daño resarcible en este tipo de demandas y en esta vía, serían: el daño emergente y el lucro cesante, según el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral, de Junio del 2008[39].

Responsabilidad Civil

Es aquella que no se deriva necesariamente de la inejecución de un contrato de trabajo, sino más bien es una circunstancia accesoria al daño causado, según nuestra interpretación, creemos que en los procesos de indemnización de daños y perjuicios derivados de una enfermedad profesional; se desprende el daño moral, pretensión que será válidamente reclamable en vía civil, por la naturaleza de ésta (Art. 1984 del Código Civil Peruano).

Responsabilidad Penal

Si se da la inobservancia de las obligaciones laborales establecidas en el Art. 168 inc. 3 del Código Penal Peruano, que literalmente prescribe: «será repri-

[39] Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral f.p. 28/06/2008.

mido con pena privativa de libertad, no mayor de dos años, el que obliga a otro; mediante violencia o amenaza, a realizar cualquiera de las conductas siguientes: [...] 3) Trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad»[40], es clara la responsabilidad del empleador, determinado por el tipo penal, y la autoridad competente es la encargada de verificar el cumplimiento de las obligaciones laborares, esta institución en conjunto con otras, están en armónica comunicación; éstas son: el Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo, Ministerio de Salud y el Ministerio de Energía y Minas, fundamentalmente; tal como lo prescribe el D.S. 009-2005-TR, reglamento de salud y seguridad en el trabajo.

Responsabilidad Administrativa

Es responsable administrativamente el empleador que infringe las normas establecidas por la autoridad competente en cuanto a las obligaciones en materia de seguridad, salud e higiene laboral, señalada en el Art. 6 «referidas al ámbito de aplicación de las inspecciones» y el Art. 18 «de las acciones coercitivas, para los infractores de la inobservancia de las normas laborales» del D.S. 019-2006-TR, reglamento de la ley de inspección del trabajo.

5.1. Supuestos de responsabilidad del empleador

Siempre es importante ver la aplicación de lo dicho en la casuística; trataremos, de la manera más sencilla, aplicar los conceptos e instituciones estudiadas.

Primer supuesto, ¿que pasaría si el empleador incumple con las medidas de seguridad, salud e higiene laboral y lo establecido en el contrato de trabajo y el trabajador adquiere la enfermedad profesional?

A nuestro entender el empleador, por no cumplir en principio con el contrato de trabajo y las normas laborales sobre seguridad, salud e higiene; responde administrativamente ante la autoridad competente y penalmente ante el Estado. Con respecto al trabajador, sería responsable de su consecuencia dañosa y por tanto indemnizable.

Segundo supuesto, ¿que pasaría si el empleador incumple con las medidas de seguridad, salud e higiene laboral y lo establecido en el contrato de trabajo y el trabajador no adquiere la enfermedad profesional?

Nosotros creemos que si el empleador incumple con el contrato de trabajo y las normas laborales sobre seguridad, salud e higiene, responde administrativamente ante la autoridad competente y penalmente no responde

---

[40] *Ibidem*, p. 4, p. 246.

porque no constituye delito. Con respecto al trabajador, no tendría que responder pues no habría daño.

Tercer supuesto, ¿que pasaría si el empleador cumple con las medidas de seguridad, salud e higiene laboral y lo establecido en el contrato de trabajo y aún así, el trabajador adquiere la enfermedad profesional?

En el presente caso, el empleador cumplidor del contrato de trabajo y las obligaciones laborales, no es responsable ni administrativamente ni penalmente, por no haber infracción administrativa, ni tampoco tipicidad en el hecho, respectivamente. Con respecto al trabajador, el empleador no responde, pues su actuar fue diligente (causas atribuidas a fuerza mayor extraña al trabajo). De otro lado, el trabajador no puede quedar desprotegido, es aquí, donde opera lo que hemos denominado como la ***Protección Integral al trabajador,*** resguardada bajo el principio de la Seguridad Social; el Estado obliga a contratar a las empresas que desarrollan actividades de alto riesgo (riesgo profesional), un seguro (Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo), que cubre las contingencias del riesgo no creado por el empleador, otorgándoles, según el grado de incapacidad una pensión de invalidez.

Cuarto supuesto, ¿que pasaría si el empleador cumple con las medidas de seguridad, salud e higiene laboral y lo establecido en el contrato de trabajo y el trabajador no adquiere la enfermedad profesional?

Tratándose de un empleador diligente, que su actuar armonioso no trae consecuencias dañosas contra el trabajador, éste, no es responsable ni administrativamente, ni penalmente, y ni tampoco indemnizable para con su dependiente. Este es el caso de una relación laboral sana o perfecta.

Quinto supuesto, se trata de un trabajador minero que desarrolló sus labores en mina-socavón durante 20 años, y estando aún trabajando se accidenta perdiendo una pierna y su vez le detectan neumoconiosis[41] en II estadio de evolución ¿es posible acumular las indemnizaciones (pecuniariamente)?

Podríamos pensar que existen dos daños causados y resarcibles independientemente. Analicemos en principio, 1) el daño recae sobre el mismo sujeto; 2) en los procesos de indemnización de daños y perjuicios derivados de una enfermedad profesional, como ya hemos dicho, se demanda el daño emergente y el lucro cesante; 3) la enfermedad profesional, se viene dando en un lapso, por las

---

[41] La Neumoconiosis, es una enfermedad profesional que presenta cuatro estadios de evolución, y se ocasiona en el trabajo (sobre todo en mina-socavón), por la inhalación y acumulación de polvo en sus pulmones y una reacción tisular patológica ante su presencia.

fuentes productoras de consecuencias dañosas. En cambio los accidentes de trabajo se dan de manera súbita e inmediata; 4) Sabiendo que el daño emergente es la disminución del patrimonio ya existente, en el caso en concreto sería, por decirlo de algún modo, la salud del trabajador. De otro lado, el lucro cesante, se equiparará a lo que dejaría de percibir si estaría en condiciones de seguir laborando.

Después de haber analizado el tema, llegamos a la conclusión de que no es posible acumular pecuniariamente las pretensiones del accidente de trabajo y la enfermedad profesional, porque el daño emergente y el lucro cesante recae sobre el mismo sujeto: el trabajador, pero con la consideración que el actuar del empleador fue muy negligente, y como es lógico, esta circunstancia agravará el hecho y por tanto la indemnización será mucho mayor.

Sexto supuesto, se trata del un trabajador minero de 15 años de actividad, que ha adquirido una enfermedad profesional, diremos también, que el empleador le brindaba algunos implementos de seguridad y protección, pero el trabajador, por descuido no los usaba ¿es posible la concausa en las indemnizaciones?

Si es posible, puesto que el actuar del trabajador contribuyó en la consecución del daño en sí mismo (cabe observar que su actuar tendría que ser jurídicamente relevante para la producción del daño); complementado, lógicamente, con el actuar negligente del empleador que incumplió las obligaciones de carácter laboral (nacidas del contrato de trabajo). En este caso, responde el empleador frente al trabajador, de manera atenuada, frente a la demanda de indemnización de daños y perjuicios derivada de una enfermedad profesional. Es también responsable en el ámbito del Derecho Administrativo y del Derecho Penal.

6. Presupuestos procesales de las demandas de indemnización de daños y perjuicios en el proceso laboral

En este tipo de demandas, tendríamos que observar algunas pautas, para el mejor desarrollo del proceso laboral en marcha, tales como: 1) Acreditar el daño es fundamental en el proceso, pues sin éste no habría forma de justificar el trámite judicial y menos la responsabilidad del empleador y su posterior indemnización; 2) Identificar que el agente físico, biológico o químico, sean las fuentes productoras del daño; 3) Determinar la concausa, algún eximente de responsabilidad del empleador, culpa leve o inexcusable y/o el dolo, del trabajador o del empleador, según corresponda; 4) Juan Espinoza y la doctrina en general nos refieren con respecto a la prescripción que es aplicable en este tipo de procesos el art. 2001, inc. 1 del Código Civil Peruano «Prescriben, salvo disposición de la ley: Inc. 1.A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una

ejecutoria y la de nulidad de acto jurídico» (se computa el plazo, a partir que el trabajador toma conocimiento que ha sufrido la contingencia, esto seria a partir de la obtención del informe médico, que acredita el daño)[42]; 5) El Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del 2000 y del 2008[43], han determinado la competencia de los juzgados laborales para conocer sobre este tipo de procesos. Así mismo, en la Ley Procesal del Trabajo 26636, en el Art.4 Inc. 2, literal «j», señala la competencia de los jueces de trabajo por las demandas de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato de trabajo, causados por el trabajador al empleador; luego integrando en el literal «c», imputa competencia para conocer sobre demandas de incumplimiento de disposiciones y normas laborales, cualquiera sea su naturaleza; es de aquí que se puede interpretar, que los jueces laborales son competentes para conocer las demandas de indemnización de daños y perjuicios derivadas de una enfermedad profesional por el incumplimiento de las obligaciones laborales; 6) La carga probatoria, que es un tema muy interesante y conflictivo; sin duda, será tocado en otra oportunidad.

III. CONCLUSIONES

1. El hecho de contratar el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo por parte del empleador, no impide al trabajador, que por la producción de un riesgo creado por el incumplimiento de las obligaciones laborales (contractuales y/o legales) por parte de su patrón, a reclamar una indemnización daños y perjuicios derivados de tal hecho, por tanto que son de naturaleza diferente, la primera ubicado en el campo de la Seguridad social y la segunda ubicada en el Derecho Laboral.

2. El empleador es responsable en el ámbito Administrativo, Penal, Civil y Laboral, por el incumplimiento de las obligaciones laborales, contractuales y/o legales, contra el trabajador. Con respecto a éste, tiene que existir una relación directa entre el acto dañoso y el daño, atribuible al modo y/o forma de la actividad que realizaba, a la protección del dependiente (seguridad, salud e higiene), al lugar de trabajo, etc.

3. Es responsable el empleador, cuando de su conducta cree un riesgo objetivamente imputable a éste, apreciando que no incurra en los elementos atenuantes y excluyentes de la responsabilidad como son: la concausa y los eximentes de imputabilidad.

---

[42] Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, pp. 49-50.

[43] Conclusión Plenaria, 2008: «El Juez Laboral es competente para el conocimiento de las acciones de indemnización por daños y perjuicios derivados del contrato de trabajo».

4. En los procesos de indemnización de daños y perjuicios derivadas de una enfermedad profesional, se demanda el daño emergente y el lucro cesante; dejando para la acción civil, el daño moral, por la naturaleza de la pretensión.

5. Creemos importante, que por los criterios dispersos en jurisprudencia y en normas laborales, la unificación de éstas sobre la materia tratada, por hacerse indispensable para la solución de los conflictos suscitados en la última década, aplicando los principios protectores y de la seguridad social.

IV. BIBLIOGRAFÍA

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, t. 2, Astrea, Bs. Aires, 1999.

ROMERO MONTES, Francisco, «la Competencia y Los Riesgos Laborales», en *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia.*

PAVESE-GIANIBELLI, *Enfermedades Profesionales en la Medicina del Trabajo y en el Derecho Laboral*, Universidad Bs. Aires, 1989.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Enfermedades y Accidentes de Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1993.

VELÁSQUEZ VILLAMAR, Gastón, *Aspectos Jurídicos sobre Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, 2004.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1999.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Grijley, Lima, 2003.

LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de la Responsabilidad*, Fontamara, México, D.F., 2000 (Fragmento de la Tesis Doctoral dirigida por el Prof. Manuel ATIENZA).

GÓMEZ VALDEZ, Francisco, *Derecho del Trabajo*, San Marcos, Lima, 2007.

MANTERO ELÍAS, Mantero, «Responsabilidad Patrimonial derivados del Incumplimiento de las Obligaciones Laborales», *en Trabajo y Seguridad Social, Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez*, Grijley, Lima, 2008.

CÁNOVA TALLEDO, Karla, «Implementación de los Registros en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo», en *Soluciones Laborales Feb.-2008.*

GÓMEZ VALDEZ, Francisco, *El contrato de Trabajo*, t. 1, San Marcos, Lima, 2000.

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho del Trabajo Individual*, 5ª ed., Lima, 2000.

CAMPOS TORRES, Sara, Protección Constitucional y Laboral de los Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, Sentencia del TC. Exp. 6612-2005-AA/TC, Cuadro N° 02 de la Ley 26790 y D.S. 003-98-SA, Gaceta Constitucional, Análisis y Crítica, Jurisprudencia Laboral y Previsional.

ELÍAS MANTERO, Fernando, *Criterios Uniformes de Valoración de Daños en Materia Civil, Penal y Laboral.*

MAZA, Alberto José *et al.*, *Daños por Accidentes y enfermedades de Trabajo,* Rubizal-Culzoni, Bs. Aires, 1999.

DE DIEGO, Julián Arturo, *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* LexisNexis, Bs. Aires, 2002, p. 859.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la Responsabilidad Civil,* Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

OSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales,* Heliastra, Bs. Aires, 1999.

Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del 28 de Junio del 2008.

Ley N° 26790, *de Modernización de la Seguridad Social en Salud.*

D.S. N° 009-2005-TR, *Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, f.p. 29/09/2005.*

Decreto Ley N° 18846, *del Seguro Social Obrero.*

Decreto Legislativo N° 910, *Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador.*

Decreto Supremo N° 019-2006-TR, *Reglamento de la Ley General de Inspecciones del Trabajo.*

Decreto Supremo N° 003-98-SA, *Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.*

Código Civil Peruano de 1984.

Código Penal Peruano de 1991.

Constitución Política del Perú de 1993.

Código del Trabajo de Ecuador de 1997.

Código civil de Ecuador de 2005.

LA INTERMEDIACIÓN LABORAL: MECANISMO DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y SU REGULACIÓN JURÍDICA EN EL PERÚ

Cristina Nélida Torres Tafur
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
Chiclayo

1. ORIGEN DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y DESARROLLO DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

A partir de los años setenta surgen nuevos fenómenos económicos y tecnológicos que ocasionan en el mercado, la saturación de la competencia, nuevas economías de escala y la necesidad de incorporar aquellos nuevos fenómenos tecnológicos y económicos a la dinámica empresarial.

De este modo, resultó imprescindible una reestructuración de la organización empresarial para adecuarse a la nueva realidad económica, y adoptar un sistema flexible tanto en la producción como en la organización[1]. Si antes, en el mercado de economías cerradas, se preferían las empresas burocráticas y de grandes dimensiones; para enfrentar la globalización económica y mercados saturados de competencia, se prefieren empresas más pequeñas[2]. La empresa tradicional, que seguía un modelo de producción unitario y concentrado, desaparece y surge, en su lugar, otro tipo de empresa que tiende al

---

1 Cfr. ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *Efectos de la Descentralización Productiva sobre las Relaciones Colectivas de Trabajo: ETT y Contratas*, Dykinson, Madrid, 2006, p, 15.

2 Cfr. ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo, *Subcontratación entre Empresas y Relación de Trabajo en el Perú*, Palestra, Lima, 2006, p. 7.

adelgazamiento paulatino y al establecimiento de redes de colaboración con otras empresas[3].

La idea central de esta novedosa estrategia organizativa es que la empresa descentralice su forma de producción: encarga a terceros la prestación de determinados servicios que antes desarrollaba, y así reduce sus dimensiones con el objeto de tomar decisiones rápidas y eficaces. La adaptación a un mercado cambiante y flexible, requiere también estructuras organizativas empresariales de corte flexible[4].

Debido a estas transformaciones de los sistemas productivos, las clásicas funciones de un Derecho del Trabajo tuitivo –que protege al trabajador con mecanismos compensatorios–, se ven destipificadas produciéndose una «Huida del Derecho Laboral»[5] hacia la utilización de mecanismos descentralizadores de los servicios laborales.

Ahora bien, estos cambios en la gestión empresarial han sido llamados de distintas formas. No existe un término unívoco ni un desarrollo doctrinario que haya adoptado un vocablo uniforme para calificarlos. Se le suele denominar tercerización o intermediación laboral[6], subcontratación[7], externalización de actividades[8], descentralización productiva[9]. Esta imprecisión conceptual afecta la regulación jurídica de este fenómeno.

---

3 Cfr. Pérez De Los Cobos Orihuel, Francisco, «Filialización y grupos de empresas», en AA.VV., *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo*, Ponencia General del X Congreso Nacional del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, p. 630. Citado por Arce Ortiz, Elmer Guillermo, *op. cit.*, p, 11. En el mismo sentido, Jorge Toyama ha señalado que «todo ello lleva a la existencia de empresas «flexibles» que, mediante la desintegración vertical del ciclo productivo, generan relaciones de trabajo a niveles interempresariales, obteniéndose altos niveles de flexibilidad interna y externa sobre la base de diferentes grupos de trabajadores». Toyama Miyagusuku, Jorge, *Instituciones del Derecho Laboral*, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, p. 264.

4 Cfr. Arce Ortiz, Elmer, *op. cit.*, p. 12.

5 El concepto de este fenómeno fue presentado por Martín Valverde al mundo académico a través de su artículo denominado ***«El discreto retorno del arrendamiento de servicios»*** en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo.* Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea, editado por Centro de Publicaciones, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1999, pp. 209-236.

6 Cfr. Ferro Delgado, Víctor, «La Subcontratación o Intermediación Laboral», en *Balance de la Reforma Laboral Peruana*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001, p. 141.

7 Cfr. Villavicencio Ríos, Alfredo, «La Flexibilidad y Los Mecanismos de Subcontratación Laboral: El Caso de la Intermediación», en *Estudios Sobre La Flexibilidad en el Perú*. Documentos de Trabajo 124. OIT. Oficina de Área y Equipo Técnico Multidisciplinario para los Países Andinos. p. 85.

8 Cfr. Ferro Delgado, Víctor, *op. cit.*, p. 143.

9 Romeral Hernández, Josefa, *op. cit.*, p. 9.

En este sentido, la denominación «descentralización productiva» nos parece la más correcta para este fenómeno de organización empresarial, que puede definirse como: la organización del proceso de elaboración de bienes o prestación de servicios para el mercado final de consumo, por el que una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas actividades precisas para alcanzar el bien final, y opta en su lugar, por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo[10].

Este fenómeno se manifiesta tanto en la organización externa de la empresa así como en su organización interna[11]. En el primer caso, se desplazan a otras empresas o personas, con quienes se celebran acuerdos de cooperación, actividades que tradicionalmente la empresa ha asumido internamente. Se expulsa parte de la actividad productiva y se mantienen sólo las actividades nucleares. Este proceso hace referencia a la externalización de actividades y, consiguiente, tercerización de servicios o contratas.

En el segundo caso, desde el punto de vista de la organización del trabajo, aparecen nuevas formas de contratación susceptibles de adaptación a las fluctuaciones del mercado, que vinculan al trabajador con la empresa exclusivamente durante el tiempo necesario. Bajo este contexto, florece la intermediación laboral como mecanismo interno de descentralización productiva y a partir de allí se regulan sus efectos jurídicos en el ámbito laboral.

La intermediación laboral adquiere especial relevancia con la llegada de las *Temporal Hand Service Industry* en Estados Unidos. Estas empresas de servicios surgen en los años veinte para proporcionar oficinistas ante la creciente demanda en el sector de servicios y desde allí su crecimiento fue en aumento. Asimismo, en Europa, la adaptabilidad de la regulación jurídica al fenómeno de la descentralización ha sido vertiginoso: en los años noventa, España y Suecia fueron los últimos países en legalizar esta forma de contratación, en los otros países era ya una práctica común al considerarla como un medio

---

[10] Cfr. Cruz Villalón, Jesús, «Descentralización Productiva y Sistema de Relaciones Laborales, en Revista de Trabajo y Seguridad Social, N° 13, 1994, p. 8 citado por Arce Ortiz, Elmer Guillermo, *op. cit.*, p. 13. Esta definición hace referencia al proceso de gestión empresarial en su conjunto y por eso resulta más adecuada al fenómeno descrito, y además, contempla a la subcontratación como su causa lógica y a los otros términos expuestos como sus mecanismos y método de acción.

[11] Cfr. Romeral Hernández, Josefa, *op. cit.*, p. 16. Ambos procesos se orientan a conseguir un solo objetivo: la flexibilidad, tanto del factor trabajo como del factor productivo para obtener una adaptación rápida pero permanente a los constantes cambios del entorno y a la vez una reducción de costos que permita competir en el mercado. *Ibidem*, p. 15.

adecuado de proporcionar empleo calificado y polivalente, bajo la guía y el control del Estado[12].

La inserción de esta modalidad de contratación se ha realizado en forma paulatina. Desde 1933, los pronunciamientos de la OIT, orientados a encauzar el tratamiento jurídico de estas actividades, desarrollaron una primera regulación muy restrictiva hasta alcanzar niveles de permisividad cada vez mayores, constituyéndose en un antecedente remoto de la regulación de estas actividades[13].

La primera normativa de la OIT sobre esta materia, se encuentra en el Convenio N° 33, que muestra una predisposición negativa hacia las actividades lucrativas de suministro de mano de obra: exige la supresión de las agencias retribuidas de colocación en un plazo de tres años. Unos años más tarde, se observa una relativización del criterio anterior (Convenios N° 88 y N° 96): se admite la regulación jurídica de las agencias de colocación privadas, pero sujetas a controles estatales rigurosos. Finalmente, a través del Convenio N° 181, se acepta la completa licitud de las actividades de intermediación y se flexibilizan las exigencias de control existentes.

A nivel de países de la Unión Europea, la admisión legislativa de estas actividades se canalizó de acuerdo al desarrollo de los criterios normativos de la OIT. En el caso de España, la Exposición de Motivos de la Ley 14/1994[14], que regula a las Empresas Temporales de Servicios, explica la aceptación de estas actividades en el siguiente hecho: cuando las actividades de las empresas de trabajo temporal se desarrollan debidamente controladas, benefician a los trabajadores al canalizar un volumen muy importante de empleo cuya especialización e inmediatez en la respuesta, los mecanismos tradicionales no pueden lograr.

---

[12] Cfr. Pacheco Zerga, Luz, «Calidad de Vida e Intermediación Laboral», en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001, p. 519.

[13] Villavicencio Ríos, Alfredo, *op. cit.*, p. 86.

[14] La Exposición de Motivos de la Ley 14/1994 al exponer las razones que llevaron a esta progresiva aceptación, indica: «(...) si bien, la contratación de trabajadores con la finalidad de cederlos con carácter temporal a otras empresas para hacer frente a necesidades coyunturales, ha sido tradicionalmente prohibida por los ordenamientos laborales y considerada como tráfico ilegal de mano de obra, asimilándola a la actividad de intermediación en el mercado de trabajo con fines lucrativos; desde finales de la década de los sesenta, los países centrales de la Unión Europea, teniendo ratificado, al igual que España, el Convenio 96 de la OIT, han regulado la actividad de las empresas de trabajo temporal por entender que su actuación, cuando se desarrolla de forma debidamente controlada, lejos de perjudicar a los trabajadores por ellas contratados, pueden canalizar un volumen muy importante de empleo cuya especialización e inmediatez en la respuesta, sobre todo en el sector servicios, no puede ofrecerse a través de los mecanismos tradicionales».

2. NATURALEZA Y DEFINICIÓN DE LA ACTIVIDAD INTERMEDIADORA

Debemos tener claro que la intermediación laboral aparece como una eficiente herramienta de gestión que permite la mayor rapidez en la contratación y el menor costo que resulta, se traduce en los siguientes beneficios: a nivel empresarial, permite la contratación rápida de una persona para llenar una vacante temporal y así reducir las pérdidas de producción, aumentar la productividad y disminuir las horas de trabajo dedicadas a la administración de personal; para el trabajador, la rápida obtención de un empleo representa un mayor nivel de ingresos y un menor costo familiar y social por concepto de desempleo y subempleo[15].

En este sentido, la intermediación laboral tiene por finalidad que la empresa se concentre en actividades definitivas pues, ante la necesidad de cubrir actividades temporales al interior de la organización empresarial, establece redes de colaboración con otras empresas para que éstas le provisionen el personal adecuado para tales efectos, pero bajo su subordinación[16]. He aquí la naturaleza de este mecanismo de descentralización productiva. La provisión temporal de trabajadores, de una empresa que los recluta (intermediadora) a la empresa que necesita, temporalmente, de su labor empresa (usuaria)[17]y que será quien ejerza subordinación sobre los trabajadores destacados. Temporalidad y subordinación constituyen la dualidad estructural que dota de calidad intermediadora al mero suministro de mano de obra.

---

[15] Cfr. MAZZA, Jacqueline, *Servicios de Intermediación laboral. Consideraciones y Lecciones para América Latina y el Caribe resultan de la experiencia internacional.* Banco Interamericano de Desarrollo (BID), en http://www.iadb.org/sds/doc/SOC-ServIntermediacionLaboral-s.pdf

[16] Las empresas de trabajo temporario contienen, en sus registros, una oferta potencial de fuerza de trabajo con la que responden las demandas de empresas, y les proveen fuerza de trabajo. Establecen con ellos una relación salarial directa y de duración determinada, a pesar de que esos trabajadores van a trabajar bajo la dirección y supervisión de un empresario distinto. Cfr. KORINFELD, Silvia / MONTAUTI, Elsa / ZELASCHI, Constanza, *La intermediación laboral y su rol en el mercado de trabajo,* Asociación de especialistas en estudios del trabajo, Argentina, 2001, http://www.aset.org.ar/congresos/5/aset/PDF/KORINFELDYOTROS.PDF. Carece de utilidad práctica que sea la propia empresa la que organice un proceso de selección encaminado a la inclusión de trabajadores que, en todo caso, estarán vinculados a ella durante el tiempo necesario para atender labores transitorias y que pueden ser proporcionados por empresas que se encarguen de buscarlos con anterioridad y los mantengan en reserva mientras surge la necesidad eventual.

[17] Cfr. OJEDA AVILÉS, Antonio / GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *Los Contratos de Trabajo Temporales,* Iustel, España, 2006, p. 102.

Por un lado, debido a las exigencias de flexibilización de la estructura empresarial –que obliga a la empresa a delegar actividades transitorias– la intermediación laboral responde a necesidades temporales, *ergo*, tiene naturaleza temporal. Si una empresa necesita cubrir el puesto dejado por personal permanente debido a licencia, por ejemplo, parece lógico que acuda a una empresa de intermediación laboral que posee un amplio fichero para servirle de inmediato[18]. Por eso, un trabajador destacado a una empresa usuaria no podría establecer una relación permanente con ésta, hacerlo desnaturalizaría la figura al verificarse necesidades permanentes. La temporalidad determina la calidad intermediadora del préstamo de mano de obra para cubrir necesidades eventuales de una empresa usuaria.

Por otro, como consecuencia de esta provisión temporal de trabajadores a la empresa usuaria, ésta última ejerce subordinación sobre el trabajador cedido, se produce un desdoblamiento del empleador, circunstancia esencial en el fenómeno de la intermediación laboral[19]. Las facultades del empleador son repartidas entre la empresa usuaria y la empresa intermediadora, formándose una relación triangular en la que el poder de dirección necesariamente es ejercido por la usuaria.

Sin embargo, la cuestión se complica cuando los empresarios pretenden forzar la naturaleza de la intermediación laboral para interactuar con ella como pantalla y simular la existencia de una prestación permanente y directa del trabajador a la empresa usuaria. En este caso, no existe intermediación laboral sino interposición laboral[20].

La naturaleza de la actividad intermediadora ha sido reconocida a nivel jurisprudencial por el Tribunal Supremo Español, que a través de la STS 4 de Julio de 2006, ha señalado: se emplea la sucesión de contratos temporales de forma fraudulenta cuando la necesidad de la empresa usuaria es de carácter

---

[18] Por eso, al otorgarle una denominación a las empresas dedicadas a las actividades de intermediación, se ha cuidado de resaltar este carácter temporal, así tenemos: empresas de servicios temporales en el Perú – Ley 27626; empresas de servicios transitorios en Chile-Código del Trabajo modificado por la Ley 20.123, empresas de trabajo temporal en España – Ley 14/1994.

[19] Cfr. Villavicencio Ríos, Alfredo, «La Intermediación Laboral Peruana. Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico», en *Ius et veritas*, N° 29, año XIV, p. 149.

[20] Se concibe a esta figura como un contrato ficticio entre el empleador y el trabajador que funciona como un «diafragma jurídico»: filtra hacia el empresario real los beneficios de la relación de trabajo y detiene las situaciones jurídicas pasivas que le corresponderían en una situación laboral normal. Cfr. Martín Valverde, Antonio. «Interposición y mediación en el contrato de trabajo», en *Revista de Política Social*, N° 91, 1971, p. 37 citado por Villavicencio Ríos, Alfredo, *op. cit.*, p. 149.

permanente y no temporal[21]. En el caso de contratación fraudulenta, al no verificarse la naturaleza temporal de la prestación, y tampoco el desdoblamiento de las facultades del empleador, se entiende que no hay intermediación temporal en la medida que sólo existen labores permanentes y un único empleador.

Expuesta la naturaleza de esta figura *sui generis*, conviene ahora definirla: la intermediación laboral es la provisión de trabajadores de una entidad, que es la empleadora formal (empresas de servicios o cooperativas de trabajadores), para que estos presten servicios bajo la dirección o sujeción de un tercero (empresa usuaria)[22].

El Convenio N° 181 de la OIT, en su Art. 1°, inc b), concibe a las agencias de empleo privadas –antecedente directo de la intermediación laboral– como aquellos servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante «empresa usuaria»), que determine sus tareas y supervise su ejecución.

Esta actividad ha sido duramente criticada al considerar, parte de la doctrina, que las empresas de intermediación actúan como prestamistas de mano de obra: contratan personal a fin de ponerlo a disposición de una empresa que es la que recibe realmente los servicios y, desde una panorámica general, no aportan tecnología ni equipamiento. Su ingreso lucrativo está tarifado como un porcentaje de lo que ellas, a su vez, abonan a sus trabajadores, y les es reembolsado por la empresa usuaria. Se les ha calificado, con clara connotación despectiva, como «planillas o nóminas de alquiler» o «plantillas biombo». La única función que cumplen es segregar a los trabajadores de la que debiera ser vinculación directa con el empresario que realmente recibe y utiliza sus servicios[23].

Sin embargo, consideramos que el término intermediación resulta adecuado y que estas actividades se ubican dentro de los parámetros razonables que establece el empleador en el ejercicio de sus facultades de organización empresarial. Las empresas pueden decidir, en la medida que sus necesidades son temporales y no están vinculadas a sus actividades habituales, encargar a otros trabajadores –no

---

[21] Cfr. STS 4 de julio de 2006 (recurso U. D. num. 1077/2005) comentada por Valdés Alonso, Alberto, «Sucesión de contratos de puesta a disposición fraudulentos y cesión ilegal de trabajadores», en *Relaciones Laborales*, N° 14, año XXIII, Julio 2007, p. 57.

[22] Cfr. Toyama Miyagusuku, Jorge, *op. cit.*, p. 279.

[23] Cfr. Pasco Cosmópolis, Mario, *Outsorcing, Subcontratación e Intermediación Laboral*. Obtenido en http://aslegalcr.com/blog/wp-content/uploads/2007/10/outsourcing.doc. A partir de estas consideraciones se puede llegar a comprender por qué por muchos años, la actividad de intermediación laboral constituyó una práctica prohibida por el ordenamiento jurídico pues, visto de esta manera, se entiende que se haya concebido esta práctica como un mero suministro de mano de obra sin más fondo que el de fraguar y facilitar la contratación sin más responsabilidades laborales.

contratados en forma directa– la prestación de determinadas actividades[24]. Lo importante es que el ordenamiento jurídico dote a esta actividad, de ciertas garantías para no ver desnaturalizada su utilización.

A nivel internacional, la concepción de la dinámica de las actividades intermediadoras, ha sido homogénea. Así por ejemplo, en España, la Ley 14/1994 que regula las Empresas de Trabajo Temporales (ETT), homóloga de la ley peruana, en su Art. 1° las define como «aquéllas cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley».

3. CARACTERÍSTICAS

De la naturaleza y definición de la intermediación laboral que hemos expuesto, se derivan una serie de características que revisten el carácter *sui generis* de esta figura en el ámbito laboral.

3.1. Dos empleadores: Uno formal, otro real

Como ha quedado expuesto, en las relaciones de intermediación laboral debido a la temporalidad con que se destaca a los trabajadores, existen dos empleadores: **uno formal**, el empleador de la empresa se servicios, y **otro real**, el empleador de la empresa usuaria sin que exista una relación formal entre este último y el trabajador y, aún así, el trabajador destacado o cedido realiza sus actividades en beneficio de aquél y bajo su dirección y control.

El empleador formal, el de la empresa de servicios, ejerce sólo poder disciplinario frente al trabajador destacado, y cede sus facultades de dirección y control a la empresa usuaria, pese a que entre este último y el trabajador no se ha constituido relación formal alguna[25]. Por eso, característica indispensable de la intermediación como figura autónoma, es la existencia de subordinación del trabajador destacado frente a la empresa usuaria[26].

---

[24] Cfr. Moliner Tamborero, Gonzalo, «Cesión Ilegal, Subcontratación y ETT's», en Molina Navarrete, Cristóbal / Moliner Tamborero, Gonzalo / Alfonso Mellado, Carlos, *La Imputación de Responsabilidad en las Relaciones Laborales*, Bomarzo, España, 2008, p. 11.

[25] Cfr. Art. 11.1 de la Ley 27626 y del Art. 1° de su Reglamento. No ocurre lo mismo en las otras clases de intermediación que la Ley regula. En éstas los poderes de dirección de la empresa usuaria no son cedidos en absoluto por cuanto en las empresas de servicios complementarios o especializados son ellas las que ejercen el poder de dirección sobre sus trabajadores (Art. 11.2 y 11.3 de la Ley).

[26] Mesinas Montero, Federico / Juape Pinto, Miguel A, «Tercerización e Intermediación Laboral. Una distinción sutil en razón de una distorsión normativa», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 11, t. 82, Julio 2005, p. 258.

3.2. La triple relación jurídica que surge de la intermediación laboral

En las actividades de intermediación, en principio, puede verificarse la existencia de dos relaciones formales: entre la empresa usuaria y la empresa de servicios, y entre esta última y el trabajador destacado[27]. Sin embargo, en la práctica, estas dos relaciones, implican la necesaria existencia de vínculo jurídico real entre la empresa usuaria y el trabajador destacado, quien se mantiene bajo su poder de dirección.

Esta dinámica ha sido reconocida por la Sala Laboral de Lima en el Expediente N° 030 - 2003- AP, al señalar que «(...) mediante la intermediación laboral una empresa denominada usuaria contrata a otra de servicios para que le suministre o proporcione personal, el cual, si bien prestará sus servicios a favor de la compañía usuaria, no sostendrá vínculo laboral con ésta última y se mantendrá **bajo la dirección y control de la empresa de servicios**»[28]

Las relaciones involucradas en la intermediación son triangulares o trilaterales en la medida en que, de una u otra forma en la práctica, existe un contacto directo entre todos los intervinientes. Si bien, desde una perspectiva formal, hay dos contratos independientes o separados, no puede negarse el hecho de existir una inocultable vinculación entre la empresa usuaria y los trabajadores destacados que nace a consecuencia del cumplimiento, normalmente, de las labores en las instalaciones de la empresa usuaria, bajo control y supervisión de ésta. Por tanto, en el plano jurídico, existe una relación bilateral y se admite que en la práctica existe una relación trilateral[29] a la que la regulación aún no ha volteado los ojos para proteger coherentemente.

Esta triangulación rompe con la clásica relación jurídica protegida por el Derecho Laboral: se fragmenta la relación jurídica directa entre quien presta y quien recibe un servicio subordinado y dependiente, a partir de la presencia de un tercer actor que se configura como empleador desde el punto de vista formal de unos trabajadores que son destacados a otra empresa para prestar servicios bajo las órdenes de esta última[30].

---

[27] Art. 11° y 12° del Reglamento.

[28] El resaltado no es del original. En idéntico sentido se ha expresado en el Exp. N° 2435-2002 CC. POP. del 03 de Mayo del 2004.

[29] Cfr. Pasco Cosmópolis, Mario, *op. cit.*, p. 3.

[30] Cfr. Villavicencio Ríos, Alfredo, *op. cit.*, p. 87. Por eso gran parte de la doctrina ha cuestionado seriamente la validez y existencia de la intermediación labora al considerar que «el intermediador no es una figura esencial en la relación, pues la contratación de trabajadores a la que se obliga, para destacarlos, podría ser realizada directamente por la empresa usuaria, sin ningún impedimento legal lo que conduce a una primera conclusión: la participación del intermediario es secundaria, prescindible y artificial y puede ser calificada de

La intermediación laboral supone una variación de la clásica relación del contrato de trabajo al compartirse el elemento central de esta relación: la subordinación, entre la empresa de intermediación como empleador formal y la empresa usuaria como empleador real[31].

4. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN EL PERÚ

En el Perú, la regulación laboral en materia de intermediación ha evolucionado de manera paulatina. En principio, hasta la década de los setenta del siglo pasado, la intermediación laboral estuvo tajantemente prohibida en la legislación laboral peruana por existir una rígida regulación de estabilidad laboral[32]. Recién en el año 1978 se regula, tímidamente, la intermediación laboral, permitiéndose su procedencia sólo respecto de actividades complementarias como de mantenimiento, limpieza o seguridad[33]. Las empresas dedicadas a estos servicios debían contratar su personal a través de contrato a plazo indefinido[34].

---

forzada». ELIAS MONTERO, Fernando, «La elusión de los efectos del contrato de trabajo», en *Actualidad Laboral* N° 268, Octubre 1998, p. 14. De esta manera, se ha llegado a determinar que si se eliminara esta intermediación, sus efectos no tendrían que ser importantes, en tanto el porcentaje de trabajadores que son destacados por estas causas no debe ser significativo. Cfr. CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos, «Las Modificaciones Reglamentarias en la Intermediación Laboral», en *Actualidad Jurídica*, t. 163, Junio del 2007, p. 240.

31 Cfr. MESINAS MONTERO, Federico / JUAPE PINTO, Miguel A., *op. cit.*, p. 258.

32 Incluso la contratación a plazo fijo o contratación temporal estuvo seriamente restringida: cuando el empleador necesitaba contratar personal temporalmente, debía adecuarse a las exigencias contenidas en el D. L. 18138 (06/02/1970), y contar con la Aprobación de la Autoridad Administrativa de Trabajo para tales efectos y ceñirse a los rígidos presupuestos establecidos por dicha ley. En este sentido, el Art. 1° del Decreto Ley N° 18138 señalaba que «*En los Centros de Trabajo donde se realicen labores que por su naturaleza sean permanentes o continuas, los contratos individuales a plazo fijo o para una obra determinada, **sólo podrán celebrarse en los casos en que así lo exija la naturaleza accidental o temporal al servicio** que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar.*» Y en su Art. 3° exigía que «*El contrato individual a plazo fijo o para una obra determinada, **deberá constar por escrito y será necesariamente aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo**, quien deberá entregar una copia al trabajador y otra al empleador.*» (El subrayado no es del original).

33 Esta tímida apertura legislativa a las actividades intermediadoras se llevó a cabo a través del D. L. 22126, cuyo art. 27° prohibía «*(...) la prestación de servicios en empleos permanentes por personal pagado por entidad distinta y extraña al centro laboral, salvo el caso del personal que teniendo vínculo laboral permanente con empresa de servicio, realice su actividad en otra empresa distinta, con la cual, su empresa de servicios mantiene contrato para efectuar actividades como mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad, eventos temporales y otros análogos.*»

34 Al parecer esta apertura legislativa obedecería a consideraciones idénticas a las que llevaron a España a admitir, con muchos años de diferencia, la regulación de la actividad de intermediación laboral: el mercado de trabajo no puede ni debe funcionar sin tener en cuenta las reglas de juego existentes en el medio económico del continente porque la lógica de funcionamiento de un mercado único exige que nuestras instituciones sean homologables. Cfr. Exposición de Motivos de la Ley 14/1994.

Posteriormente, en el año 1986, se amplió el radio de acción de las empresas de servicios al campo de las labores especializadas, y se admitió la posibilidad de prestar servicios no comprendidos en las actividades principales de la empresa usuaria y que para su ejecución requieren de personal altamente calificado[35].

Tanto en la regulación jurídica efectuada en 1978 como en la extensión legislativa de 1986, se sancionó la utilización fraudulenta de estas modalidades de contratación, con el reconocimiento de vínculo laboral directo entre el trabajador y la empresa en la que había prestado los servicios (usuaria)[36].

En el año 1991, a través del Dec. Leg. N° 728 se amplió el campo de acción de las empresas de servicios hacia las labores principales de la empresa usuaria pero con la condición de tratarse de actividades temporales, y además, se dispuso que el número de trabajadores destacados no debía superar el 20% de la planilla[37].

En 1998, con la finalidad de proporcionar un mecanismo que evitase actuaciones fraudulentas, se ordenó la inscripción obligatoria de las cooperativas de trabajadores en el Ministerio de Trabajo, y la obtención de una carta fianza que garantizase a los trabajadores, la obtención de sus derechos laborales en caso de simulación de la ley[38]. Sin embargo, un año después, se suprimió esta última obligación que sólo se mantuvo para los casos en que la empresa o cooperativa no cumpliese con pagar los beneficios y derechos de sus trabajadores o socios. De esta forma, los trabajadores quedaron nuevamente, desprovistos de todo medio de protección. Las modificaciones legislativas suscitadas, estimularon la precarización del empleo y ampliaron los márgenes de vulneración[39].

A partir de las serias transgresiones de derechos laborales en el terreno de los hechos, en el año 2002 se promulgaron la Ley 27626 (en adelante la Ley) y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 003-2002-TR (en adelante el Reglamento), dirigidas a garantizar la efectiva vigencia del carácter tuitivo del Derecho Laboral.

---

35 Esta extensión de actividades se realizó con la Ley. 24512 que sustituyó el D. L. 22126.

36 Cfr. Art. 27° del D. L. 22126 y Art. 32 de la Ley 24512.

37 El segundo párrafo del Art. 177 de este Decreto Legislativo señalaba que: «*El número de trabajadores que podrá prestar servicios a través de estas empresas no excederá del veinte por ciento (20%) del total de trabajadores del usuario*».

38 Cfr. D. S. N° 004-98-TR y su Reglamento, R. M. N° 059-98-TR.

39 «Como puede apreciarse, en el Perú el crecimiento de las empresas de servicios ha sido vertiginoso desde su reconocimiento legal. Sin embargo, lamentablemente, la actual regulación facilita el tráfico de mano de obra y el desconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores, y los propios del ámbito laboral, tanto individuales como colectivos». Pacheco Zerga, Luz, *Calidad de Vida e Intermediación Laboral, op. cit.*, p. 516.

5. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

De acuerdo al Art. 2° de la Ley, las actividades de intermediación laboral sólo pueden ser prestadas por empresas de servicios constituidas como personas jurídicas o por Cooperativas de Trabajadores[40]. Ambas entidades deben tener, por objeto exclusivo, la prestación de estas actividades y deberán inscribirse en el registro correspondiente para iniciar sus labores (Art. 13° del Reglamento), lo que implica una autorización previa del Ministerio de Trabajo, este registro es temporal. Estas exigencias constituyen, más que requisitos de procedencia, medidas de protección para el trabajador.

La adopción de estas medidas es un criterio compartido por las legislaciones que regulan este tipo de actividades. Así por ejemplo, el Código de Trabajo de Chile (recientemente modificado por la Ley 230.123 en vigencia desde el 01/03/2008) entiende por Empresa de Servicios Transitorios a toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto exclusivo poner a disposición de terceros (empresas usuarias) trabajadores para cumplir con éstas últimas[41].

Las empresas de servicios pueden prestar actividades de intermediación como empresas de servicios temporales (actividades ocasionales o de suplencia), empresas de servicios complementarios (actividades accesorias o no vinculadas al giro del negocio), o empresas de servicios especializados (actividades de alta especialización)[42].

A diferencia de nuestra legislación, el Código de Trabajo de Chile, resalta, expresamente, la necesaria independencia que la empresa de servicios transitorios debe mantener frente a la empresa usuaria –prohíbe, bajo sanción, que la empresa de servicios esté relacionada directa o indirectamente con la usuaria[43]– y trata de excluir así, toda posibilidad de utilización de la empresa de servicios como pantalla para esconder una relación directa con la empresa usuaria.

Las Cooperativas de Trabajadores se dedican a las actividades de intermediación de dos maneras: como cooperativas de trabajo temporal, constituidas específicamente para destacar a sus socios trabajadores a las empresas usuarias para que desarrollen actividades temporales, secundarias o principales, correspondientes a contratos de naturaleza ocasional o suplencia; o como cooperativas de Trabajo y Fomento del Empleo, suministran sus socios

---

40 La misma precisión ha sido contemplada por la regulación española en el Art. 1° de la Ley 14/1994, aunque no señala expresamente a las cooperativas de trabajadores.

41 Art. 183-F del Código de Trabajo de Chile. Además, a diferencia de nuestra legislación.

42 Art. 11° de la Ley.

43 Art. 183-I del Código de Trabajo de Chile.

trabajadores para que presten servicios de carácter complementario o especializado (Art. 12° de la Ley).

La inclusión de estas últimas entidades en el ámbito subjetivo de la intermediación laboral ha producido serios cuestionamientos. El hecho, de dedicarse las Cooperativas de trabajadores al suministro de mano de obra genera una relación de carácter híbrido entre ella y sus socios: de derecho mercantil (los socios) y de derecho laboral, en cuanto los socios son a su vez trabajadores. Esta circunstancia distorsiona la naturaleza cooperativa de la institución al hacer girar su actividad en torno a la intermediación, con lo que los integrantes de la cooperativa carecen de *afectio societatis*, es decir, el sujeto cooperativo ingresa a ella sólo para conseguir un puesto de trabajo como destacado y no por identificarse con la institución. En la mayoría de los casos, los integrantes de estas cooperativas ni siquiera se conocen por desempeñar funciones en empresas totalmente diferentes[44].

Ahora bien, resulta preciso analizar el reconocimiento que el legislador peruano ha brindado a la triple relación jurídica que, como ya hemos expuesto, caracteriza a la intermediación laboral.

5.1. La empresa de servicios y la empresa usuaria

De acuerdo al Art. 12° del Reglamento, entre ambas empresas se establece una relación de carácter civil en virtud de la celebración de un contrato civil de Locación de Servicios (Artículos 1764° - 1770° del C. C.).

Sin embargo, esta previsión no nos parece la más adecuada tomando en cuenta que el contrato celebrado entre ambas empresas desplegará sus efectos en el ámbito laboral. Por eso, parte de la doctrina considera que el Art. 12° del Reglamento contiene un «*lapsus lingüístico*» al señalar que entre estas empresas se celebra un contrato de locación de servicios pues, la empresa de servicios, para desarrollar su actividad –contratar unos trabajadores para cederlos temporalmente– no necesita ni siquiera materiales, la labor del trabajador se desarrolla con los medios de producción del empresario principal. Por eso, el contrato suscrito con la empresa principal o usuaria debería denominarse «Contrato de Puesta a Disposición», teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria[45]. Este contrato no se enmarcaría ni en el Derecho Civil ni en el Derecho Comercial: es una figura originaria del Derecho del Trabajo flexible.

---

[44] Cfr. Villavicencio Ríos, Alfredo, «La Flexibilidad y Los Mecanismos de Subcontratación Laboral: El Caso de la Intermediación», en *Estudios Sobre La Flexibilidad en el Perú*. Documentos de Trabajo 124. OIT. Oficina de Área y Equipo Técnico Multidisciplinario para los Países Andinos, p. 91.

[45] Cfr. Arce Ortiz, Elmer, *op. cit.*, p. 34.

Esta especial relación que surge entre ambas empresas, ha sido recogida por la legislación chilena. El Código del Trabajo de ese país determina que ambas empresas, necesariamente, se relacionan en virtud de la suscripción de un contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios –ya que de no hacerlo, se considerará que el trabajador es dependiente de la usuaria sin perjuicio de otras sanciones[46].

5.2. La empresa de servicios y el trabajador cedido

De acuerdo al Art. 11° del Reglamento, en el caso de las empresas de servicios y el trabajador destacado, se establece una relación de naturaleza laboral con carácter determinado o indefinido, existe una relación directa en la que esta empresa constituye el empleador formal del trabajador y asume sólo obligaciones disciplinarias y remunerativas[47]–circunstancia que cambia en el caso de actividades complementarias o especializadas– al ser quien lo contrata específicamente para desarrollar labores temporales en la empresa usuaria.

5.3. El trabajador cedido y la empresa usuaria

En este caso, no existe vínculo jurídico contractual directo, pero los trabajadores destacados están sujetos a la dirección de la empresa usuaria[48], mantienen un vínculo directo con este empleador que es su empleador real. Sin embargo, nuestra legislación permite que estas facultades directrices que asume la usuaria –propias de la intermediación– se vean disminuidas o desaparezcan en el caso de las actividades complementarias y especializadas.

Las empresas o cooperativas destacan a su propio personal para que ejecute las tareas, dentro de un híbrido de relación en el que pueden recibir instrucciones tanto de la empleadora formal como de quien recibe el servicio material[49].

---

[46] Art. 183-N del Código de Trabajo de Chile: «La puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios a una usuaria por una empresa de servicios transitorios, deberá constar por escrito en un contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, que deberá indicar la causal invocada para la contratación de servicios transitorios (...) la falta de contrato escrito de puesta a disposición de trabajadores excluirá a la usuaria de la aplicación de las normas (...). En consecuencia, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común, sin perjuicio de las demás sanciones que correspondiera aplicar conforme a este Código». De la misma manera, en el caso de España, el Art. 6° de la Ley 14/1994 también ha señalado que ambas empresas se relacionan en un contrato de puesta a disposición.

[47] Art. 11° del Reglamento.

[48] Art. 11.1 de la Ley.

[49] Cfr. Pasco Cosmópolis, Mario, *op. cit.*

Las facultades directrices que asume el empleador real son expuestas en nuestra legislación de un modo genérico, sin precisar en qué consisten dejando este aspecto de la contratación vacío. En cambio, la legislación chilena sí detalla en qué consiste el poder de dirección que la empresa usuaria ejerce sobre el trabajador suministrado al señalar, por ejemplo, que esta empresa tendrá la obligación de controlar su asistencia, organizar y dirigir su trabajo dentro del ámbito de las funciones para las que fue puesto a disposición[50]. Pero esta regulación no se limita a exponer en qué consisten el poder directivo, va más allá e indica, expresamente, que estas facultades tienen como límite, el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores[51].

Como puede apreciarse nuestra regulación aún es muy deficiente en cuanto a la regulación de triple relación jurídica que caracteriza a la intermediación laboral, no le brinda el estatuto que merece.

6. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN

Respecto a qué actividades pueden prestarse en el ámbito de la intermediación laboral, nuestra legislación, reconociendo la naturaleza temporal de esta figura, ha considerado que procede en caso de necesidades temporales que comprenden actividades ocasionales o de suplencia; sin embargo, incluye en el campo de la intermediación, actividades complementarias –que pueden ser permanentes– y actividades de alta especialización –que también pueden ser permanentes y no necesariamente accesorias[52].

Por tanto, la intermediación laboral puede llevarse a cabo para supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización. Existe desde aquí un primera contrariedad al interior de la Ley, puesto que esta extensión se contradice con el segundo párrafo del Art. 3° de la Ley 27626, que señala «los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad empresarial de dicha empresa».

A. Actividades temporales

Como hemos expuesto, la temporalidad constituye el elemento estructural de las actividades de intermediación, y alrededor de él se reconoce la calidad

---

50 Artículos 183-W y 183-X del Código de Trabajo de Chile.

51 Art. 183-Y del Código de Trabajo de Chile.

52 Art. 3° de la Ley 27626, «La intermediación laboral que involucra a personal que labora en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria sólo procede cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización. Los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa».

intermediadora de una actividad, en consecuencia, la regulación laboral no podía dejar de contemplar estas actividades como propias de la intermediación, supuesto que necesariamente debe regularse en cualquier legislación que trate esta actividad[53].

De acuerdo al Art. 11.1 de la Ley, las actividades temporales pueden prestarse a través de contratos de naturaleza ocasional y de suplencia· En ambos supuestos se mantiene la temporalidad de la actividad ya que los contratos ocasionales, responden a necesidades transitorias distintas de la actividad habitual del centro de trabajo, lo relevante es lo no habitual, es decir, debe existir una causa accidental que no permite contratar trabajadores de refuerzo para las actividades principales sino personal adicional para efectuar labores distintas. En cambio, los contratos de suplencia responden a la necesidad de cubrir un puesto permanente que ha quedado, transitoriamente vacante, por diversas causas como son el reemplazo de un trabajador titular mientras dura la ausencia de este, que puede deberse a casos de maternidad, descansos vacacionales, licencias, etc. [54] En ambos casos la ley ha reconocido que la subordinación –como poder de dirección– es ejercida por la empresa usuaria.

Idéntica línea regulatoria ha seguido la legislación laboral chilena, disponiendo que las empresas de servicios transitorios ponen a disposición de empresas usuarias, trabajadores para cumplir tareas de carácter transitorio u ocasional. (Art. 183-F inc. a del Código de Trabajo de Chile). Nótese que la regulación chilena sólo admite el suministro de mano de obra cuando median supuestos transitorios. No obstante, esta legislación muestra un gran adelanto en comparación con la nuestra, al detallar, expresamente, los supuestos ocasionales que justifican un contrato de puesta a disposición: las suspensión del contrato de trabajo por licencias médicas, descansos de maternidad o feriados, eventos extraordinarios como la organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones, periodo de inicio de actividades en empresas nuevas, aumentos ocasionales o extraordinarios de actividad en un establecimiento de la usuaria, trabajo urgentes que requieran una ejecución inmediata como reparaciones en las instalaciones y servicios de la usuaria[55].

---

[53] La legislación laboral española, a través del Art. 1° de la Ley 14/1994 entiende por Empresas de Trabajo Temporal «aquélla cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados.

[54] Los contratos temporales de naturaleza ocasional y de suplencia están regulados por los artículos 60 y 61 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR.

[55] Cfr. Art. 183 Ñ del Código de Trabajo Chileno.

B. Empresas de servicios complementarios

Nuestra legislación ha extendido el campo de la intermediación laboral hacia las actividades complementarias, que, de acuerdo al Art. 11.2 de la Ley, consisten en actividades accesorias o no vinculadas al giro de negocio de la empresa usuaria.

A través del Decreto Supremo N° 008-2007[56] se ha buscado precisar en qué consisten estas actividades para diferenciarlas de las actividades permanentes. De este modo, se ha precisado que son actividades principales aquellas sin cuya ejecución se afectaría el funcionamiento de la empresa, por eso son consustanciales al giro del negocio[57].

En el mismo sentido, se ha precisado que las actividades complementarias son aquellas cuya falta de ejecución no afecta la actividad empresarial, como actividades de vigilancia, reparaciones, mensajería externa y limpieza. Estas actividades pueden ser temporales o permanentes y dado los supuestos establecidos, se privilegia el elemento naturaleza de la tarea.

Respecto al ejercicio del poder directivo en estas actividades, si bien el Art. 11.2 no indica directamente, como se desarrolla, sí lo hace el Art. 3° del Reglamento al señalar que «las empresas de servicios complementarios deben asumir autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades».

---

[56] El 27 de Abril del 2007, se publicó el D. S. N° 008-2007 que modifica el Art. 1° del D.S. N° 03-2002-TR, Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral. Respecto a las actividades principales, la norma modificatoria establece que «Constituye actividad principal de la empresa usuaria aquélla que es consustancial al giro del negocio. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa». De esta manera, aunque no estamos de acuerdo con la inclusión de las actividades complementarias en el campo de la intermediación, debemos reconocer que la actual modificación dota de un contenido detallado a las definiciones que la norma reglamentaria establece respecto de la actividad principal, con el objeto de garantizar un adecuado uso de los mecanismos de intermediación laboral.

[57] En doctrina se diferencia entre actividad inherente y actividad indispensable. La primera está relacionada directamente, con el ciclo productivo o definitorio del objeto social de la empresa. la segunda comprende todo lo necesario para el cumplimiento del objeto social de la empresa. por tanto, en el concepto de propia actividad quedaría incluidas actividades inherentes como actividades que, sin ser propias del ciclo productivo, son necesarias para el cumplimiento del mismo. Cfr. Del Rey Guanter, Salvador, «Los requisitos subjetivo, negocial y objetivo ...», en *Descentralización Productiva y Relaciones Laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 38 citado por Cortés Carcelén, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 242.

Esta disposición tiene dos consecuencias básicas: *a)* la autonomía que se predica nos permite advertir que la empresa de servicios complementarios es la que, en definitiva, ostenta el poder de dirección sobre los trabajadores y no la empresa usuaria y resulta del todo lógico pues, no tiene utilidad práctica para la empresa usuaria dirigir actividades meramente accesorias si, en todo caso, la intermediación laboral ha nacido para permitirle concentrarse en actividades indispensables a su ciclo productivo; y *b)* asimismo, esta autonomía implica que la empresa de servicios cuenta con una organización especializada para brindar estos servicios complementarios a la usuaria: tiene sus propios equipos técnicos. En cambio, en el caso de una real intermediación, la empresa de servicios no provee a sus trabajadores los equipos a utilizar, es la usuaria quien lo hace.

C. Empresas de servicios especializados

Las empresas o cooperativas dedicadas a la prestación de estas actividades constituyen una entidad externa a la empresa principal, que realiza bajo su entera responsabilidad, aunque sigue las indicaciones de la usuaria, un determinado servicio. Ni la ley ni el Reglamento detallan en qué consisten estas actividades pero, en cambio, la Ley si precisa, a través del Art. 11.3, que en este caso, la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta este personal que bien puede ser destacado por la empresa de servicios especializado al local de la usuaria.

De esta manera, puede advertirse que el objetivo de las empresas que brindan servicios especializados no viene definido por el suministro de trabajadores para que presten servicios bajo la dirección de la usuaria, sino que más bien, está dirigido a ofrecer el desarrollo de una actividad (como contabilidad, informática, etc.) con trabajadores propios, dirigidos por ella, y para cuya prestación cuentan con una estructura *ad hoc*[58].

Por tanto, puede advertirse que ninguna de estas dos últimas actividades expuestas encaja en el paradigma de la intermediación laboral. En ambas se desplaza la temporalidad y la subordinación como criterio dual para la existencia de una actividad intermediadora, no se cumple con el desdoblamiento del empleador que es esencial en la intermediación laboral. Se regulan, como actividades intermediadoras, supuestos que difieren totalmente de ella, se desvirtúa así la esencia de este fenómeno autónomo.

El legislador ha considerado, erróneamente, que la temporalidad no es la única causa que justificaría el uso de la intermediación, ha incluido en esta figura

---

[58] Cfr. Villavicencio Ríos, Alfredo, *op. cit.*, p. 150.

supuestos de accesoriedad y especialización en los que la facultad directiva por la empresa usuaria se ve eliminada.

Si bien, podría parecer que se trata de un criterio de política laboral, al concebirse la posibilidad de que haya intermediación laboral sin que exista relación de subordinación entre el trabajador destacado y la empresa usuaria, en la medida que las empresas dedicadas a estas actividades ostentan la dirección del trabajo y autonomía técnica y organizativa, estas actividades más bien constituyen expresiones de tercerización de servicios[59].

En efecto, de acuerdo a la última modificación del Reglamento, no constituye intermediación laboral «(...) los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa (...) siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación (...)»[60] Esta dinámica corresponde a la tercerización de servicios.

La tercerización de servicios, más conocida como *outsourcing*, permite que determinado proceso productivo de la empresa sea realizado por un tercero bajo su total responsabilidad. La Nueva Ley[61] que regula los servicios de tercerización define a este proceso de descentralización productiva como la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo, cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos, sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores están bajo su exclusiva subordinación.

La dinámica de las actividades tercerizadoras ya ha sido analizada en la jurisprudencia de la Corte Suprema. En el Exp. N° 2435-2002 CC. POP se ha precisado que la tercerización supone que la producción o prestación se realice de manera organizada bajo la dirección y el control del contratista –empresa que cuenta con un patrimonio y organización propia dedicada a la producción de bienes o servicios– favor del contratante dentro de su centro de labores o fuera de él, de manera que los trabajadores de la contratista se encuentran bajo sus órdenes y control y no de la empresa principal.

Para delimitar la diferencia entre tercerización e intermediación, el Exp. N° 3000-2006-IDNL (S) (considerando Sexto) ha declarado que: «(...) mediante la tercerización, la empresa beneficiaria va a contratar con miras a satisfacer el reque-

---

[59] Cfr. Mesinas Montero, Federico / Juape Pinto, Miguel Alonso, *op. cit.*, p. 258.

[60] Art. 4 del Reglamento modificado por el Decreto Supremo N° 020-2007-TR

[61] Ley N° 29245 publicada el 24 de Junio del 2008. El Reglamento de esta Ley, D. S. N° 006-2008-TR recientemente publicado el 12 de Setiembre del 2008, precisa estos alcances.

rimiento de un bien determinado o servicio especializado, no de una prestación personal de los trabajadores de la contratista como en la intermediación. De la misma manera, a través del A. P. N° 1949-2004, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, considera que la tercerización difiere de la naturaleza y objeto de la intermediación laboral, toda vez que en la primera se presta un servicio integral bajo cuenta, costo y riesgo del que brinda el servicio.

En consecuencia, cuando la ley llama intermediación laboral a los supuestos de actividades complementarias y especializadas en los que no media subordinación de la usuaria al trabajador –y así mismo, el criterio de temporalidad se ve disminuido– en realidad se sitúa en el ámbito de la tercerización. Es decir, en nuestro país, al existir una intermediación de servicios sin subordinación, en el fondo se regula como intermediación supuestos de verdadero *outsourcing* y así se crea un grave problema delimitador en la práctica que produce confusión a los agentes económicos y también respecto a la legislación pertinente[62]. Por tanto, resulta alarmante la paradójica regulación que se ha brindado a las actividades intermediadoras en la medida que, la perspectiva jurídica existente sobre ellas no corresponde a su real naturaleza.

7. LA RESPONSABILIDAD EN LA INTERMEDIACIÓN LABORAL: LA SUBSIDIARIDAD EN LA SOLIDARIDAD

Las empresas de servicios o cooperativas de trabajadores, cuando suscriban contratos para efectuar labores de intermediación, deben suscribir una carta fianza que garantice el cumplimiento de obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados.

De acuerdo al Art. 25° de la Ley, la empresa usuaria será solidariamente responsable del pago de los derechos laborales adeudados a los trabajadores suministrados, en caso que la fianza otorgada por las empresas o cooperativas de servicios resulte insuficiente.

El Reglamento, Art. 26°, refuerza esta disposición al precisar que esta responsabilidad comprende los derechos laborales, de origen legal o colectivo, en la medida que éstos no estén cubiertos por la fianza.

Entonces, la responsabilidad que en verdad se atribuye a la empresa usuaria no es solidaria, sino más bien subsidiaria, en la medida que su obligación nacerá cuando la fianza otorgada por la empresa de servicios no alcance para cubrir todas las deudas. Sin embargo, consideramos que esta disposición no es la más adecuada si la finalidad es proteger al trabajador y garantizarle la satisfacción de sus derechos laborales.

---

[62] Cfr. Mesinas Montero, Federico / Juape Pinto, Miguel Alonso, *op. cit.*, p. 258.

En la responsabilidad subsidiaria, los acreedores -trabajadores- deben dirigirse, primero, contra el patrimonio otorgado por el deudor –empresa de servicios– y en última instancia, iniciar una acción contra el segundo deudor –la usuaria– que sólo entrará en la relación en la medida que primero se haya agotado el patrimonio del deudor principal.

Por el contrario, en el caso de la solidaridad pasiva, prevista por el Art. 1186° del C. C., cada deudor se reputa como si fuera el único, por estar obligado por el total de la prestación, de manera que el acreedor –trabajador suministrado– puede dirigir su acción contra todos los codeudores en conjunto o contra alguno de ellos reclamándoles el todo o una parte. Los deudores sólo se liberan de la obligación cuando el crédito es satisfecho.

De esta manera, la solidaridad pasiva constituye un verdadero derecho de garantía, es la más eficaz de todas las garantías personales pues, el acreedor puede hacer efectivo su crédito en tantos patrimonios como deudores hubiera, sin que éstos puedan oponer ni el beneficio de división ni el beneficio de excusión como sí podrían hacerlo en el caso de la subsidiariedad[63].

Por eso el ámbito de la responsabilidad solidaria pasiva es el que mejor corresponde a la naturaleza propia de la intermediación laboral y ello por dos razones: Primero, debido al carácter tuitivo del Derecho Laboral, se debe proteger a los trabajadores de la manera más segura posible en vista a la posibilidad de ver defraudadas sus expectativas como parte débil de la triangulación. La situación planteada obedece así a una razón de garantía: se trata de una responsabilidad no por el hecho de que haya una pluralidad original de deudores, sino por el hecho de que al deudor original se añade, *ex lege*, un segundo deudor que actúa en razón de reforzar o garantizar el cobro del crédito[64]. Segundo, y este es el fundamento último de la extensión de responsabilidad, no debemos olvidar que, en última instancia, es la empresa usuaria la que aprovecha la prestación de trabajo efectuado de acuerdo a sus directrices, y de acuerdo al aforisma romano «*cuius comoda, eius et incommoda*» (quien se beneficia de un servicio, debe soportar los eventuales perjuicios derivados del mismo)[65].

---

[63] Cfr. Palacio Pimentel, H. Gustavo, *Las obligaciones en el Derecho Civil peruano*, Lima, Huallaga, 2002, pp. 168-169.

[64] Cfr. Molina Navarrete, Cristóbal, «La Responsabilidad en la Relación Laboral: Entre Viejas y Nuevas Reglas», en Molina Navarrete, Cristóbal / Moliner Tamborero, Gonzalo / Alfonso Mellado, Carlos, *La Imputación de Responsabilidad en las Relaciones Laborales*, Bomarzo, España, 2008, p. 63.

[65] La conclusión es sencilla: si la empresa usuaria se beneficia del trabajador en misión, debe cubrir los eventuales incumplimientos de la ETT al retribuir ese esfuerzo. Cfr. Ojeda Avilés, Antonio / Gorelli Hernández, Juan, *op. cit.*, p. 125.

Además, la usuaria asume una posición garante respecto al cumplimiento de la normativa vigente por la empresa de servicios al mantenerse en contacto directo con el trabajador cedido y con dicha empresa, de manera que en caso de fraude o será la usuaria la que lo lleve a cabo o será, en todo caso, la primera en advertirlo.

En la medida que la subordinación es compartida, así como la empresa de servicios debe verificar la seguridad ofrecida al trabajo en el centro de labores de la usuaria para prestar su servicio, también la usuaria ejerce un contacto directo pese a que las obligaciones remunerativas las asume directamente la empresa de servicios.

CONCLUSIONES

La intermediación laboral nace en el seno empresarial y desde allí se configura como una dualidad estructural: temporalidad – subordinación. Esta naturaleza dual consiste en el suministro temporal de trabajadores para desarrollar labores no habituales bajo las directrices del empleador fáctico. Se configura así una relación trilateral que hace de la intermediación una figura *sui generis* al romper con la clásica bilateralidad del contrato de trabajo y a la que sólo es razonable recurrir cuando medien supuestos extraordinarios. Por eso, la verdadera ventaja de la actividad intermediadora no está en el costo laboral que permite ahorrar, sino en cubrir rápida y eficazmente necesidades aleatorias, imprevistas, extraordinarias y ajenas al giro normal de la empresa[66].

Nuestra regulación jurídica ha brindado una respuesta paulatina a este fenómeno, primero fue prohibida y poco a poco, se admitió su regulación. Pero al trasladar esta figura autónoma al campo laboral, lejos de mantener su naturaleza estructural, se ha desvirtuado se esencia. Debido a esta insuficiencia legislativa, resulta muy fácil utilizar este mecanismo para encubrir una relación directa en la que la empresa de servicios es una pantalla. Por eso, la mayor fragilidad estructural de la intermediación laboral en el campo laboral proviene de la opacidad de las relaciones triangulares, de la oscuridad en la identidad de los sujetos, de sus obligaciones y responsabilidades[67].

Asimismo, resulta paradójico que se incluyan actividades complementarias y especiales en el campo de la intermediación laboral en la que adquiere especial relevancia la subordinación, cuya existencia no se verifica en dichas

---

[66] Cfr. Ermida Uriarte, Oscar, Prólogo en «¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal», en *Cuadernos de Investigación*, N° 10, Santiago, 1999, p. 10 citado por Toyama Miyagusuku, Jorge, *op. cit.*, p. 283.

[67] Cfr. Ojeda Avilés, Antonio / Gorelly Hernández, Juan, *op. cit.*, p. 115.

actividades. Las características que la Ley otorga a estas actividades son comprendidas por la actual regulación de la tercerización de servicios, de tal manera que se queda sin fundamento válido. Por tanto, puede afirmarse que existe un problema de tipificación legal adecuada.

En el mismo sentido, es paradójico que, en las actividades intermediadoras, en las que la empresa usuaria se beneficia directamente del esfuerzo de los trabajadores, tenga una responsabilidad subsidiaria y no solidaria como lo exige la naturaleza de las cosas y el deber tuitivo del Derecho del Trabajo cuyos principios deben adecuarse a esta relación y, en consecuencia, reconocer una responsabilidad más bien solidaria.

En definitiva urge que el suministro de trabajadores se encuentre rodeado de las cautelas, controles y responsabilidades adecuadas de modo que, consoliden los derechos laborales y no se conviertan en un mecanismo de desprotección social[68].

BIBLIOGRAFÍA

ARCE ORTIZ, Elmer, *Subcontratación entre Empresas y Relación de Trabajo en el Perú*, Palestra, Lima, 2006.

CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos, «Las Modificaciones Reglamentarias en la Intermediación Laboral», en *Actualidad Jurídica*, t. 163, Junio del 2007.

ELIAS MONTERO, Fernando, «La elusión de los efectos del contrato de trabajo», en *Actualidad Laboral*, N° 268, Octubre, 1998.

FERRO DELGADO, Víctor, «La Subcontratación o Intermediación Laboral», en *Balance de la Reforma Laboral Peruana*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001.

KORINFELD, Silvia / MONTAUTI, Elsa / ZELASCHI, Constanza, «La intermediación laboral y su rol en el mercado de trabajo», en *Asociación de especialistas en estudios del trabajo*, Argentina, 2001, http://www.aset.org.ar/congresos/5/aset/PDF/KORINFELDYOTROS.PDF.

OJEDA AVILÉS, Antonio / GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *Los Contratos de Trabajo Temporales*, Iustel, España, 2006.

MAZZA, Jacqueline, *Servicios de Intermediación laboral. Consideraciones y Lecciones para América Latina y el Caribe resultan de la experiencia internacional.* Banco Interamericano de Desarrollo (BID), en http://www.iadb.org/sds/doc/SOC-ServIntermediacionLaboral-s.pdf

---

[68] MONTOYA MELGAR, Alfredo / GALIANA MORENO, Jesús M. *et al.*, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 313.

MESINAS MONTERO, Federico / JUAPE PINTO, Miguel A., «Tercerización e Intermediación Laboral. Una distinción sutil en razón de una distorsión normativa», en *Diálogo con la Jurisprudencia*», año 11, t. 82, Julio 2005.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La Responsabilidad en la Relación Laboral: Entre Viejas y Nuevas Reglas», en MOLINA NAVARRETE, Cristóbal / MOLINER TAMBORERO, Gonzalo / ALFONSO MELLADO, Carlos, *La Imputación de Responsabilidad en las Relaciones Laborales*, Bomarzo, España, 2008, pp. 37-122.

MOLINER TAMBORERO, Gonzalo, «Cesión Ilegal, Subcontratación y ETT's», en MOLINA NAVARRETE, Cristóbal / MOLINER TAMBORERO, Gonzalo / ALFONSO MELLADO, Carlos, *La Imputación de Responsabilidad en las Relaciones Laborales*, Bomarzo, España, 2008, pp. 11-36.

MONTOYA MELGAR, Alfredo / GALIANA MORENO, Jesús M. *et al.*, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, 2001.

PACHECO, Luz, «Calidad de Vida e Intermediación Laboral», en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *Outsourcing, Subcontratación e Intermediación Laboral*, Obtenido en http://aslegalcr.com/blog/wp-content/uploads/2007/10/outsourcing.doc

PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo, *Las obligaciones en el Derecho Civil peruano*, Lima, Huallaga, 2002.

ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, *Efectos de la Descentralización Productiva sobre Las Relaciones Colectivas de Trabajo: ETT y Contratas*, Servicio de Publicaciones, Madrid.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Instituciones del Derecho Laboral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

VALDÉS ALONSO, Alberto, «Sucesión de contratos de puesta a disposición fraudulentos y cesión ilegal de trabajadores», en *Relaciones Laborales*, N° 14, año XXIII, Julio, 2007.

VALVERDE, Martín, «El discreto retorno del arrendamiento de servicios» en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel ALONSO OLEA, editado por Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1999.

VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, «La Intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico», en *Ius Et Veritas*, año XIV, N° 29.

VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, «La Flexibilidad y Los Mecanismos de Subcontratación Laboral: El Caso de la Intermediación», en *Estudios Sobre La Flexibilidad en el Perú*. Documentos de Trabajo124. OIT. Oficina de Área y Equipo Técnico Multidisciplinario para los Países Andinos.

Discurso

En esta sección incluimos la exposición del Prof. Antonio Ojeda Avilés sobre «La Externalización del Derecho del Trabajo», con ocasión de la entrega del Doctorado Honoris Causa por la Pontificia Universidad Católica del Perú el año 2009, así como la *laudatio* previa a dicho discurso, a cargo del Dr. Alfredo Villavicencio Ríos.

LAUDATIO DEL PROFESOR ANTONIO OJEDA AVILÉS, EN LA CEREMONIA DE SU INVESTIDURA COMO DOCTOR HONORIS CAUSA DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, OFRECIDA POR EL PROFESOR ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS

Doctor Marcial RUBIO CORREA, Vicerrector Académico PUCP, Doctor Walter ALBÁN PERALTA, Decano de Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Doctora Elvira MÉNDEZ CHANG, Jefa del Departamento Académico de Derecho de la PUCP, Profesor Antonio OJEDA AVILÉS, Doctor Honoris Causa de la PUCP, queridas Teresa y Talía y querido Juan, dilectos integrantes de la delegación sevillana. Amigas y amigos:

Dice, el ingenioso y entrañable hidalgo de la Mancha:

«Sábete Sancho, que no es un hombre más que otro, si no hace más que otro».

Y en este sabio y secular marco, que justifica distinciones como la que hoy se otorga, mi Universidad me honra con la difícil labor de condensar en pocos minutos los méritos y virtudes que hacen conspicuo al profesor Antonio OJEDA AVILÉS. Ardua tarea, que emprendo sin ocultar la inmensa felicidad que siento por ser parte de tan merecido reconocimiento.

Comienzo en el campo de su formación, siempre inconclusa, como suele decir, el profesor OJEDA. Sus estudios universitarios de grado y postgrado los realiza en la Universidad de Sevilla, a lo largo de los años 60, en pleno franquismo. En 1970 sustenta su tesis de doctorado sobre *«La renuncia de derechos del trabajador»*, obteniendo la máxima calificación Sobresaliente CUM LAUDE. Para culminar esta investigación fue becado a Roma, a donde llegó cuando los rescoldos del otoño caliente del movimiento obrero italiano aún no se apagaban sentían claramente, y dedicó un año entero a estudiar el tema bajo la dirección de una de las mayores luminarias del Derecho del Trabajo: el profesor Gino GIUGNI, de quien se transforma en discípulo dilecto.

Tras obtener el grado de doctor, alternó las clases de Derecho del Trabajo con la defensa de la democracia en la calle, llegando a ser vicepresidente del clandestino partido de Enrique Tierno y Galván. Tuvo, a continuación, entre 1971 y 1972, una larga estancia en la Universidad de Munich, para investigar sobre los contratos laborales atípicos y la cogestión, bajo la dirección de los profesores HUECK y BLOMEYER. Posteriormente, irá a Berkeley, donde enlazó el sociologismo creativo italiano, con la mejor doctrina norteamericana sobre relaciones industriales. Allí introduce la visión italiana del ordenamiento intersindical dentro del sistema de relaciones industriales diseñado por Dunlop y del doble canal virtuoso por el que debería discurrir el Derecho del Trabajo, delineado por Jack BARBASH, y que se resumía en dos funciones vitales: eficiencia y justicia. La primera para las empresas, y la segunda para los trabajadores. Finalmente, también hay que resaltar su paso por la Universidad de Estocolmo, que le permitió conocer a fondo el modelo nórdico de relaciones laborales, sólidamente asentado en el diálogo social y la concertación correspondiente.

De allí que si miramos su obra, veremos la fecunda simbiosis de una formación tan amplia y rica, que lo ha llevado a la comprensión interdisciplinaria de las relaciones laborales, rompiendo con la tan común sacralización de la norma, fundamentalmente en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, pero sin transformarse en un cultor de las relaciones industriales. Afiló, más bien, el bisturí jurídico con poderosos insumos alemanes, de manera que el rol del segmento jurídico fuera jugado de la manera más técnica, precisa y fructífera en el sistema de relaciones laborales.

Esta fértil simbiosis tuvo un antecedente que no puedo dejar de mencionar, en el desarrollo de la obra inglesa de Otto KAHN-FREUND, tras su forzada salida de la Alemania nazi. Pero la similitud no elimina el valor de la obra de Antonio OJEDA, sino que lo refuerza. Como también lo robustece el dato crucial de que su relación con el Derecho del Trabajo no ha sido sólo en el laboratorio y con mandil y guantes, sino que ha vivido y sigue viviendo nuestra disciplina íntegra e intensamente.

Como ejemplo de esta reconocida coherencia vital, debo resaltar que fue el único profesor del Departamento de Derecho del Trabajo de Madrid que en 1973 secundó una huelga docente protestando por la destitución injusta de un colega de Derecho Civil, Sabiendo que este hecho iba a provocar la ira del temido Jefe de Departamento, quien lo condenó al ostracismo universitario. Tuvo que dejar la Universidad de Madrid, donde se había afincado el joven y brillante doctor reforzado en Roma y Munich, para aterrizar en Huelva, en un Colegio Universi-

tario, impartiendo clases en el horario nocturno del curso de Introducción al Derecho, por tres largos años, hasta la muerte de Franco, en que pudo regresar a la docencia en su especialidad en Sevilla.

Hermosa y elocuente muestra de unas convicción, consistencia y firmeza que lo han acompañado como sello indeleble, haciendo válido el más hermoso poema de cuatro palabras, escrito por cierto, por un poeta sevillano como nuestro homenajeado, don Antonio MACHADO, cuando escribió aquel poema corto tan bello que dice «*hoy es siempre todavía*».

Si vemos, a continuación, los campos de su reflexión científica, la imagen proyectada es muy amplia y completa. Comenzó su andadura en el terreno de los principios, ocupándose de uno de los más clásicos, la irrenunciabilidad de derechos, para seguir con la estabilidad en el empleo, ingresando, a su vez, en el ámbito de la contratación atípica, para aterrizar con extraordinaria fuerza en el terreno de las relaciones colectivas de trabajo. MARTÍ decía que «*no hay letras, que son expresión, hasta que no haya esencia que expresar en ellas*», por lo que la caída del franquismo y la restauración de las libertades en España, entre ellas la libertad sindical, abrieron recién las posibilidades de análisis y propuesta en el mundo de las relaciones colectivas de trabajo.

El profesor OJEDA fue el primero en asumir el reto, publicando en 1980, el primer manual español moderno sobre Derecho Sindical, que ahora se ha convertido en uno de los Tratados de referencia en cualquier ámbito de la reflexión académica. Me detengo en este libro porque su valor es múltiple. No sólo es una rigurosa y documentada reflexión integral sobre las relaciones colectivas de trabajo, cargada de contrastes comparados con el mundo recorrido, llena de novedades bibliográficas internacionales para la España del postfranquismo, sino que su carácter pionero ha permitido que se resalte unánimemente su contribución a la consolidación al modelo democrático español de relaciones laborales.

Este Tratado, cuenta ahora con más de 1000 páginas, y es que no sólo le tocó ser pionero en la reflexión jurídica democrática española, sino que también ha acompañado en sus 8 ediciones la vertiginosa transformación del mundo en que andamos: el fin de la guerra fría y la caída del muro de Berlín, la revolución tecnológica, el consenso de Washington, la liberalización galopante y la globalización consecuente, el fin del fordismo y las nuevas formas de organización del trabajo, la segmentación de la empresa unitaria, las transformaciones en los sujetos empresarial, laboral y sindical, etc.; de modo que en cada edición encuentra uno reflexiones profundas sobre estas transformaciones constantes y una sustentada prospectiva, tan necesaria en tiempos de cambios.

Que duda cabe que las mutaciones que se están gestando en la esencial relación capitalista entre Estado y Mercado, en estos días de crisis financiera y recesión mundial, recibirán el análisis y desarrollo científico requerido en la próxima edición del tratado aquí reseñado. Pero no sólo ha transitado por el mundo del Derecho Sindical, sino que son muy reconocidos sus aportes en el mundo de las relaciones laborales en la administración pública, la precariedad en el empleo, el derecho social europeo, la contratación temporal, de la que disertará este jueves en la conferencia magistral inaugural del III Congreso Nacional de la SDPTSS, y sobre la que acaba de publicar un último libro.

Asimismo, ha tratado con profusión el tema relaciones laborales especiales, desde los lejanos tiempos de la estancia en Munich hasta esta semana, en la que sale a la luz un novísimo artículo suyo en el N° 8 de la Revista *Laborem*. También, y como ya mencionáramos, viene trabajando intensamente en su última pasión, o mejor dicho, su más reciente pasión: la seguridad social, tanto a nivel nacional como internacional, a la que ha dedicado no sólo numerosas reflexiones académicas sino un intenso esfuerzo en la consolidación de la Asociación Español de Seguridad Social, de la que ha sido presidente y es su principal impulsor. En este tema, influyó decididamente en la eliminación de la discriminación sufrida en el campo de las pensiones de invalidez en países que pagaban en función de lo aportado por el trabajador y no del daño producido.

Tampoco se puede dejar de mencionar, un reciente estudio elaborado y publicado por la OIT, sobre la tendencia en más de 100 países hacia la solución extrajudicial de los conflictos laborales, mediante arbitrajes. Finalmente, y siendo injusto con una amplísima producción científica de gran calidad, quiero resaltar que su inquietud académica no se centra en los temas de la postmodernidad.

Como sevillano militante, a quien rodean en su paso cotidiano monumentos que tienen siglos y siglos de existencia, es también un gran cultor de la historia en general, y de la del Derecho del Trabajo, en especial. A buscar la verdad y la inspiración ha dedicado recientes reflexiones al pasado de las relaciones laborales, estudiando la genealogía del contrato de trabajo y a la causa de éste, que han tenido gran impacto en Europa y han sido publicadas recientemente en Lima, como ya se refiriera por nuestra Jefa del Departamento. En estos trabajos rompe con el análisis tradicional, para transitar por un enfoque grávido de un fuerte paralelismo con la evolución del poder político: del despotismo a la democracia. Ello lo lleva a marcar distancias con la tradicional visión del contrato de trabajo como extensión del contrato de locación de servicios, para advertir un origen autónomo surgido del ejercicio del poder directivo continuo del empleador.

En esta misma vertiente histórica, debo apuntar que sigue trabajando arduamente en otra relevante obra, que titula gráficamente *La deconstrucción del Derecho del Trabajo* y que busca ser un tratado evolutivo de nuestra disciplina.

Un último campo que quiero resaltar es el de su inquietud científica respecto de lo que sucede en el mundo y, particularmente, en América Latina, dejando de lado su relación con Perú que ya fue resaltada por la Dra. Elvira MÉNDEZ.

Sevilla es un balcón privilegiado que incita a expandir el alma hacia el mundo, partiendo, de un lado, de su pasado romano y moro, y de otro, del hecho de que, como alguna vez se dijo, América Latina comienza en Andalucía. Y el gran laboralista que hoy homenajeamos, a pesar de la pinta teutona, o incluso de Clark Kent, como lo llamara alguna vez un querido amigo común, tiene un alma de gitano, que no sólo lo ha llevado a viajar constantemente por el mundo con los ojos muy abiertos y el cuaderno de notas o la computadora portátil en las manos, sino que lo ha impulsado a tratar de llevar el mundo a Sevilla reiteradamente.

En este rubro, creó en Lima, con Oscar ERMIDA, hace 20 años el grupo de diez profesores iberoamericanos que tuvo varios encuentros y seminarios y publicó dos relevantes libros, que el profesor OJEDA siempre refiere como los más entrañables en los que ha participado: El Derecho Sindical en América Latina y La negociación colectiva en América Latina.

En estas dos obras se jubiló la tradición de la sucesión de ensayos que explicaban lo que sucedía en cada país, del tipo: la estabilidad laboral en Argentina, en Brasil, en Perú, etc., para ingresar al análisis institucional: se elaboró un índice temático y cada autor tuvo que analizar la materia asignada comparadamente, es decir, a la luz de lo que sucedía en todos los países de la regional: la protección de la libertad sindical en América Latina, la concertación social en América Latina, la participación en la empresa en América Latina, el impacto de las Normas Internacionales de Trabajo en América Latina.

Gran salto cualitativo en el análisis comparatista, que tengo que aderezar con un detalle nacional. Permítanme la lectura del comienzo de la introducción del libro sobre la negociación colectiva en América Latina, escrito por nuestro homenajeado:

«Este libro es uno de los productos del Grupo Latinoamericano de Derecho Sindical, constituido en 1989 por diez profesores a partir de una reunión informal en el entorno mágico de «La Rosa Naútica» en Lima.

Y concluía la introducción afirmando

«El libro se dedica a los pioneros en estas lides, a quienes comenzaron el análisis comparado del Derecho Sindical en América Latina, desde

Barbagelata a Córdova, pasando por «la patota». Y ha sido posible por el generosísimo respaldo económico y humano del Instituto Europeo de Relaciones Industriales. Nuestra querida, entrañable América, bien merece cualquier esfuerzo por ella».

No está demás señalar que no sólo escribieron en estos libros los 10 profesores iniciales sino que se completó el elenco con otros grandes juristas europeos, como Bruno VENEZIANI y Massimo D'ANTONA, de Italia, Antoine JEAMMEAD, de Francia y Ulrich ZACHERT, de Alemania.

Además de lo dicho, son muchos sus esfuerzos por traer el mundo a Sevilla: fundó el Instituto Europeo de Relaciones Industriales, creó y dirigió un Master Internacional, en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, de numerosas ediciones, y acaba de reiniciar esta experiencia por medio del Curso Avanzado para postgraduados en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, cuya primera edición ha estado llena de jóvenes juslaboralistas latinoamericanos.

Mil cosas quedan en el tintero, que siguen dando fe de las relaciones de Antonio Ojeda con el Derecho del Trabajo, la literatura, el cine, la política, que alimentan permanente actividad intelectual y periodística, así como de su extensa militancia en la tuna de derecho, su amor intenso por la música, y su maravillosa familia; pero tengo que cumplir con el tiempo asignado a esta semblanza.

Sólo no quiero dejar sin mención a las estupendas tertulias en su jardín, para hablar de lo humano y lo divino, a las que la familia Ojeda invita cada año, cuando florece la enredadera haciendo patente la llegada de la primavera. En ocasión de ello, no puedo dejar de señalar la importancia de Teresa, Leda, Talía y Sandro, esposa e hijos en la vida del nuestro homenajeado, fuentes de inspiración permanente y razón vital que ha mantenido indesmayable su espíritu dirigido a la búsqueda de un país sin caciques ni oligarcas: libre, igualitario, fraterno, como reza la dedicatoria de su tratado de Derecho Sindical.

Finalmente, quiero salirme de la ortodoxia y terminar esta semblanza recurriendo a una de las más entrañables expresiones españolas de buenos deseos, cuando le dicen a alguien con cariño *«que te vaya muy bien y que yo lo vea»*. Y henos aquí, Maestro querido, y heme aquí no sólo viéndote feliz sino participando a corazón abierto de este merecidísimo reconocimiento.

Bienvenido, pues, a nuestro claustro, nuestro ya en el más inclusivo de sus sentidos, es decir, tuyo y de nosotros.

Que este reconocimiento sirva de acicate para tu amor por esta tierra y esta universidad y que ello nos permita una relación mucho más cercana y fructífera.

Muchas gracias.

LA EXTERNALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

Prof. Dr. Antonio Ojeda Avilés

A. INTRODUCCIÓN

Durante aproximadamente un siglo, desde 1870 a 1970, el Derecho del Trabajo ha sido fiel a sus orígenes y ha mantenido unas fronteras que, al menos en lo objetivo, se hallaban bien delimitadas, dedicado a una tarea de perfeccionamiento de los mecanismos de tutela del contratante más débil, de equilibrio de intereses entre trabajadores y empresarios, y de pacificación de las relaciones productivas. En los años setenta del pasado siglo XX comienza una diáspora de contenidos en el curso de la cual el Derecho del Trabajo pierde sus tradicionales fronteras para penetrar en territorios cercanos para colonizarlos total o parcialmente, de manera aparentemente errática y sin criterio, hasta llegar al momento presente, cuando las materias más dinámicas de esta legislación son precisamente las recientes –como no podía ser menos, por otra parte-, quedando las materias clásicas relegadas a una situación semiestática, donde los cambios a mejor o a peor se miden con cuentagotas.

En esa expansión el Derecho del Trabajo ha perdido también su identidad. Una pléyade de autores ha elucubrado sobre las nuevas fronteras y los nuevos nombres de esta rama del Derecho, y se ha llegado a hablar de «un consenso cada vez más difuso de que la disciplina del Derecho del Trabajo debe ser reformulada o reconfigurada..., pues se encuentra en marcha un proceso de reorientamiento de nuestra materia». El problema de una evolución tan profunda no solamente radica en la considerable confusión que arroja sobre la identidad y los fundamentos de la disciplina –piénsese a este respecto en la casi desaparición de los principios característicos de la misma, especialmente el de norma más favorable-, sino también en que «el paradigma dominante en el Derecho del Trabajo de la segunda mitad del siglo XX carece tanto de poder explicativo cuanto de poder normativo frente a las prácticas actuales».

El presente análisis trata de visualizar la evolución sufrida desde los años setenta y avanza algunas hipótesis sobre el trasfondo de esos cambios, con el

propósito de determinar si existe o no un hilo común, por delgado que sea, en el conjunto de los avances. Avances materiales que son, al mismo tiempo, retrocesos estructurales, como veremos claramente al terminar la exposición.

B. EL NÚCLEO ORIGINARIO DEL DERECHO DEL TRABAJO

Cuando tratamos de determinar cuál puede haber sido el punto de partida de la legislación laboral, el primer impulso nos lleva a considerar que la materia prima, el centro de atención primario del legislador laboral ha sido el contrato existente entre el empresario y el trabajador. Siglos de historia jurídica polarizados alrededor de los contratos, desde el brocardo romano de que las obligaciones nacen *ex lege sive ex contractu et quasicontractu* nos inducen a pensar de este modo, hasta el punto de que la doctrina norteamericana contempla a la mayor parte de la regulación laboral dentro del extenso mundo de los contratos. El debate jurídico más antiguo suscitado en torno a la legislación laboral, a finales del siglo XIX, consistió precisamente en determinar la filiación contractual del vínculo entre trabajador y empresario, en una amplia reflexión en la que participaron los mejores juristas de la época, desde BARASSI a VON GIERKE y cuyo conclusión provisional, que no definitiva, terminó por considerarlo como un hijo robusto del de arrendamiento de obra o servicio.

Pero si la primera impresión puede llevarnos a tal puerto, en seguida lo ponemos en cuarentena ante la escasa importancia que el aspecto contractual tiene en Derecho del Trabajo. Y es que las obligaciones y derechos entre las partes han surgido normalmente de la ley o del convenio, como es bien sabido, mientras que las surgidas del pacto individual han tenido una importancia secundaria, cuando no han sido directamente inaplicadas en favor de las más favorables para el trabajador establecidas en aquellas otras fuentes. Hasta tal punto el contrato de trabajo ha estado siempre oscurecido por las normas legales y colectivas, que en algún momento se llegó a pensar por relevantes tratadistas que el Derecho del Trabajo pertenecía al ámbito del Derecho Público, donde las condiciones de trabajo quedan sometidas relevantemente al imperio de los mínimos legales, mientras que otros han afirmado de modo persuasivo que de cualquier forma se trata de un contrato de adhesión, en el que la voluntad del trabajador apenas interviene.

El legislador laboral dedicó muy poco tiempo al contrato de trabajo en los primeros decenios del maquinismo y la «cuestión social». El alba de la Revolución Industrial alumbró la primera legislación del trabajo obrero omitiendo flagrantemente toda referencia al contrato, ya fuera en las leyes de Master and Servant cuanto en las Leyes de Fábrica o las Gewerbeordnungen. En todos los países, y durante muchos años, la preocupación legislativa se orientó a regular las condiciones mínimas de trabajo, la edad de ingreso o la seguridad y salubridad

laborales, y cuando los primeros cuerpos de regulación general, como el Código de Trabajo francés, aluden al contrato de trabajo, lo hacen con breves trazos y en competencia con contratos específicos como el de embarco o el de aprendizaje. Todavía en Reino Unido el contrato individual de trabajo no asume la importancia que hoy día se le reconoce hasta 1963, con la Ley de Contratos de Empleo.

Tras lo dicho cabe decir sin temor a equivocarnos que el núcleo originario de esta rama del Derecho no fue el contrato de trabajo, y que las leyes laborales tomaron como punto de referencia no un único núcleo, sino dos. En efecto, al regular la jornada máxima, el descanso semanal o incluso el trabajo infantil y de la mujer, el legislador trataba de mejorar el contenido de la relación laboral, dando por supuesto que la entrada en la empresa y los pactos a los que pudieran llegar las partes individuales con tal motivo quedaban sometidos a una fuerte impronta unilateral. A diferencia de cuanto viene a ser común en Derecho Privado, el contrato constituye un apéndice o elemento secundario de la relación, y es ésta, en su conjunto de derechos y obligaciones para las partes, la verderamente determinante a la hora de calificar la naturaleza jurídica del vínculo exstente. Diría más: al dar por sentada e incluso aceptar la primacía del empresario, el legislador dedica la mayor parte de sus cuidados a que la relación laboral progrese en unos términos aceptables y dignos para ambas partes, en un círculo vicioso en el que la voluntad del empresario pretende sustituirse en casos extremos con la voluntad de la ley, con escasa o nula atención a la libertad del trabajador.

Pero la relación individual no agota el interés del Derecho del Trabajo en esos primeros cien años. Hay un segundo foco de atención de esta materia, que simultáneamente constituye un sujeto y un objeto de la misma y que tiene mucho que ver con el carácter autopoyético de ella. Porque en realidad, el legislador llega bastante tarde a intervenir en la relaciones laborales, por cuanto el pensamiento liberal de *laissez faire* campea en esa época disuadiendo al Estado de intervenir en la economía, que debe seguir su curso para llegar al equilibrio natural entre los interesados. Los sindicatos de trabajadores, comenzando por el de sombrereros de Londres del siglo XVII, junto con los empresarios, establecerán las primeras «leyes de la industria» con sus tarifas salariales y jornadas máximas. El Ordenamiento intersindical establece sus propias reglas de funcionamientos, sus propios tribunales, sus propias sanciones a los infractores.

El Estado respalda a semejante Ordenamiento autónomo después de un primer rechazo, admitiendo la validez de las huelgas, dotando de eficacia supercontractual a los convenios, garantizando la actividad de los sindicatos, respaldando los organismos arbitrales creados por las partes. Precisamente en un caso importante, el de los jurados mixtos en Francia, Alemania e Italia, sus decisiones crearán normas generales para el sector en cuestiones como salarios mínimos, jornadas máximas, o rendimiento exigible. Las relaciones colectivas van a absorber otra gran parte de la atención del legislador y del Derecho del

Trabajo durante toda esa época, y en algunos países las normas estatales dedicadas a la promoción y control de lo colectivo tendrán mayor importancia que las escasas normas estatales referentes a las condiciones de trabajo.

El período antes descrito, que podríamos denominar *centrípeto* por cuanto concentra en los trabajadores típicos la fuerza de la legislación laboral, exhala el canto del cisne en 1968, con el mayo francés y los Acuerdos de Grenelle de 1968, dedicados a mejorar sustancialmente las condiciones de trabajo. Todavía los efectos de dicho período continuarían manifestándose a lo largo de las décadas siguientes, pero de forma cada vez más esporádica. En 1970 viene promulgada la Ley que podríamos considerar como inaugural del siguiente período, cuyas características permiten considerarlo como *centrífugo* en el sentido de producir una diáspora de las leyes laborales hacia otros campos que no son los clásicos. Me refiero al Statuto dei Lavoratori italiano y su consagración de una serie de derechos fundamentales del trabajador, como la libertad y dignidad de la persona del trabajador en la organización productiva, juntamente con otros derechos de corte típico. La relación laboral en sus dos vertientes, individual y colectiva, comienza a pasar a segundo plano merced a una serie de leyes cuyo objetivo no será tanto el intercambio de trabajo por salario, cuanto algún aspecto vecino o paralelo a ese eje central. Obsérvese que hablamos de la relación laboral en su conjunto y no de su parte más consistente, llamada del empleo estable, la relación laboral normal o el empleo típico, pues todavía las modalidades del contrato de trabajo, ya sea por tiempo indefinido, a término o a tiempo parcial, se sitúan en el núcleo de esta rama del Derecho. Las líneas de expansión o, si se quiere, de fuga del Derecho del Trabajo van en las siguientes direcciones, que a fuerza de contemplar reiteradamente un aspecto en principio lateral de lo que entendemos por tronco común llegan a erigirse en ramas cada vez más sustanciales de la normativa laboral:

1. La empresa en crisis.
2. La empresa dual.
3. Autónomos y semiautónomos.
4. El trabajador como persona.
5. El trabajador como sujeto mercantil.
6. El empleo público.

Analizaré seguidamente estos vectores, y terminaré con unas reflexiones sobre las posibles razones explicativas de semejante evolución en las últimas cuatro décadas.

C. LA EMPRESA EN CRISIS

Ya desde los años sesenta las empresas europeas de los sectores tradicionales como el siderúrgico, el textil, el naval o el automovilístivo atravesaban

una profunda agonía ante la formación de un cártel petrolífero y la dura competencia de países asiáticos que habían alcanzado e incluso superado la tecnología más avanzada con costes de producción muy inferiores. El problema comenzó a resolverse a nivel sectorial, como ocurrió por ejemplo con las reconversiones industriales italianas y españolas, pero pronto fue necesaria una ley común para los aspectos más urgentes, que en el caso británico fue la temprana Redundancy Payments Act de 1965, o en el francés la Ley de 1975 sobre despidos por causa económica.

El objeto de estas regulaciones, así como de los acuerdos y convenios colectivos dedicados a la misma tarea, no consistía pura y llanamente en determinar una indemnización por despido, aunque las primeras leyes pudieran dar esa impresión. En la perspectiva global de la normativa, el súbito hundimiento del empleo acaecido en los países occidentales por el rápido ascenso de los precios del petróleo y la irresistible oferta de los productos asiáticos puso de manifiesto la debilidad de algunos grupos de trabajadores, como mujeres, jóvenes, o maduros, las ventajas desleales de la información asimétrica utilizada por los empresarios a la hora de despedir, o la falta de formación alternativa para esos parados sobrevenidos. Una nueva legislación sobre protección a las minorías raciales, madres, grupos desfavorecidos, formación profesional continua, suspensión del contrato, bolsas de trabajo y nuevas instituciones públicas de garantía surgen alrededor de lo que solo con el paso del tiempo aparecerá claramente como el centro de atención: la empresa en crisis y las secuelas laborales de tal situación. Los empresarios acuden a variadas fórmulas para hacer frente al crítico momento, y los despidos en masa, primera y más elemental reacción, pasan a ser una de las posibilidades de entre un conjunto de ellas en cuanto las normas endurecen el tratamiento.

Nada mejor para comprender esta línea evolutiva que situarnos en el plano comunitario europeo. Desde que Delors marca la pauta de una Europa Social, en 1974, tres Directivas se suceden en rápida sinergia para abarcar el conjunto de la empresa en crisis desde el ángulo laboral: la primera, la 75/129/CEE, sobre despidos colectivos, que deslinda su concepto frente a los despidos individuales y plurales y determina la obligación de preavisar «en tiempo hábil», suministrar información adecuada y «consultar» con los representantes de los trabajadores una solución pactada, así como notificar anticipadamente a la autoridad laboral el proyecto de despido.

Pero enseguida viene la Directiva 77/187/CEE, sobre traspasos de empresas, tendente a suavizar las consecuencias de una cesión precipitada o maliciosa de firmas o establecimientos en crisis, cuyos aspectos principales determinan la subrogación del empleador cesionario en los contratos de trabajo del cedente (con expresa prohibición de extinguirlos por el simple hecho de la transmisión), la información previa sobre las circunstancias del traspaso a los representantes de los trabajadores en ambas empresas, y el mantenimiento de la representación laboral de la empresa

y el establecimiento cedidos en caso de funcionamiento autónomo. Si bien hay normas especiales para los supuestos de quiebra o insolvencia bajo control judicial, y de crisis económica grave, asimismo bajo control del mismo tipo.

Poco tiempo después, la Directiva 80/987/CEE, sobre insolvencia de empresas, establece la obligación por parte de los Estados miembros de crear una institución de garantía financiada por los empresarios que asegure a los trabajadores el pago de al menos tres meses de los salarios impagados y de las indemnizaciones de terminación del contrato cuando el empresario sea declarado insolvente.

Como se ve, la protección de la relación laboral o de sus efectos (salarios debidos) conduce al establecimiento de relaciones triangulares, bien con otro empresario, bien con los poderes públicos, a fin de permitir una mejor solución a la crisis. La aparición del tercero significa, no tanto una limitación de los poderes del empleador en la relación laboral, cuanto el otorgamiento de poderes de intervención del tercero en dicha relación, ya sea de la autoridad laboral y de los representantes de los trabajadores, ya del nuevo empresario como subrogado forzoso en la relación, ya de la institución de garantía perceptora de cotizaciones para el hipotético supuesto de la insolvencia. Hasta el momento las normas laborales operaban mediante el establecimiento de mínimos o máximos, o con reglas de procedimiento debido, pero era rara la intervención personal forzosa. Seguramente el grado de esa intervención no alcanza el nivel del despojamiento de poderes que sucede en la declaración mercantil de insolvencia y concurso de acreedores, cuando el juez y los síndicos toman las riendas de la empresa, pero en el ámbito laboral supone una intensidad que solo viene superada por algunas instituciones compartidas de la seguridad y salud.

D. LA EMPRESA DUAL

Finalmente las turbulencias parecen quedar encauzadas a través de una fragmentación mediante la externalización de las actividades secundarias, o lo que es lo mismo, mediante la especialización de actividades, lo que ya de por sí exige un alto nivel de internacionalización y sofisticación tecnológica que permita transferir, primero, y ensamblar, después. Las empresas reducen tamaño y se coordinan con otras en la medida y cuando les resulta rentable. En este período centrífugo del Derecho del Trabajo, lo peculiar no va a ser, desde luego, el descubrimiento de las diversas figuras del *outsourcing*, pues en esta época sencillamente se produce una intensificación y normalización de lo ya conocido.

Lo verdaderamente peculiar del último cuarto del siglo XX va a ser la responsabilidad extracontractual de los empresarios coordinados por las deudas del titular de la relación con el trabajador. La elaboración legal y jurisprudencial de dicha responsabilidad tendrá visos tortuosos en muchos casos, como vemos en la doctrina del Tribunal Supremo español de declarar la responsabilidad de todo un grupo

de empresas por la actuación de una de ellas con sus trabajadores cuando el grado de cohesión entre las distintas firmas las convierte en la práctica en sucursales de la empresa principal, con dirección única, caja compartida y plantilla en común.

Se trata por lo común de una responsabilidad secundaria, para el caso en que el empresario titular no pueda satisfacer la deuda. En ocasiones los tribunales han sido audaces y han llegado a declarar la traslación de responsabilidad a una empresa cliente por los actos de una suministradora, cuando la primera podía imponer condiciones a la segunda que provocaban la situación sancionable, como ocurre en el caso británico Harrods Ltd. contra Remick, en donde los jueces condenaron a los almacenes Harrods por un caso de discriminación racial de una empresa franquiciada motivado por las condiciones impuestas por aquélla. En otros casos, los tribunales avanzan también hacia los grupos horizontales de empresa como en el caso Bofrost* del Tribunal Europeo de Justicia.

La externalización significa también el auge de las subcontratas, especialmente en la construcción, con una pirámide de empresas que alcanza con frecuencia los cuatro y cinco escalones, y en donde el empresario y el trabajador de estos últimos niveles consuman su relación mediatizados por las instrucciones y órdenes de los superiores, a veces sin una clara identificación del titular.

La dualidad de empresarios encuentra en las situaciones de préstamo de trabajadores un escenario de una gran intensidad, en donde la responsabilidad extracontractual (de la empresa usuaria por deudas de la ETT) viene acompañada por una división de poderes directivos, formativos, preventivos, representativos, etc., entre las dos, que solo queda atenuada en la práctica allí donde el trabajador realiza misiones breves, o en los países en donde la ley exige que la relación laboral con la ETT se celebre por tiempo indefinido.

Las redes de empresas, cada vez más frecuentes en mercados, centros comerciales, centros de mayoristas, lonjas, polígonos industriales, aeropuertos, etc., también han provocado la reacción del legislador en cuestiones de seguridad y salud, mediante servicios compartidos en los establecimientos de uso común.

La dualidad de empresarios lleva, como hemos observado, a compartir responsabilidades por parte de empresarios que nada tienen que ver jurídicamente con el trabajador, pero sí con el empleador de éste. Hablamos por ello de situaciones extracontractuales que permiten demandar a un empresario extraño por los actos del propio, a modo de efectos laborales de las relaciones mercantiles.

Sin embargo, no es el único resultado de la evolución del Derecho del Trabajo en este campo. El legislador o el juez no siempre esperan al estadio del incumplimiento de la obligación, sino que regulan algunas dualidades ya en el primer estadio de la obligación misma, según la tradicional distinción de las fases de Schuld und Haftung. En ciertos casos el empresario «extracontractual» viene investido de poderes directivos y de otro tipo que forman parte del contenido obligacional de la relación y que por ende están despojando al titular de ella,

como observamos en los poderes de la empresa usuaria respecto de la ETT. Asimismo, y sobre todo en el ámbito de la seguridad y salud, las condensaciones de empresas provocan respuestas del legislador imponiendo servicios y obligaciones comunes en donde cada empresario asume una parte alícuota de la organización y, en fórmulas variadas, de responsabilidad.

La externalización ha llevado al auge, sin duda alguna, de los casos de trabajadores autónomos y semiautónomos. Pero las pautas de ambas situaciones se mueven por derroteros distintos a los de la responsabilidad compartida, por lo que es mejor analizarlas en apartado distinto.

E. EL TRABAJADOR PERIFÉRICO

Durante toda la primera época del Derecho del Trabajo, el protagonista de la vida social y política fue el trabajador subordinado, mientras que el autónomo y semiautónomo quedaba relegado al oscuro ámbito de los contratos de obra o servicio, la actividad de los profesionales, y las llamadas «zonas grises». La enorme superioridad numérica de los asalariados se sumaba a la dinámica sindical y reivindicativa para destacar sobremanera la diferencia entre el empleado y el autónomo. Las cuestiones suscitadas por la actividad externa al ámbito laboral quedaban reducidas a problemas de identidad y de frontera entre el trabajo subordinado y una amplia gama de prestaciones personales independientes, la resolución de cuyos litigios indicaba si debía aplicarse o no la legislación laboral o bien la civil, mercantil, o administrativa.

En los primeros años ochenta, sin embargo, el número de autónomos comenzó a crecer significativamente como una manera de evadir la aplicación de las normas laborales y fiscales. Así, durante esos años pasan en Reino Unido de dos a tres millones aproximadamente. En ese momento surge la distinción entre quienes podían calificarse como autónomos de hecho y de derecho, y quienes lo eran solo a efectos jurídicos, al reunir las características legales de trabajador independiente, pero no a efectos económicos, dada su vinculación exclusiva o principal a un solo cliente. Estamos hablando, de cualquier modo, de personas que prestan su esfuerzo mental o físico en un servicio a otros, sin contar en principio con quienes asumen como contratistas un servicio u obra realizado a través de otros, cuyo distanciamiento con el trabajador subordinado se hace más amplio. Desde mediados de los años noventa, el algunos sectores como la construcción el número de obreros «independientes» alcanza cotas importantes en relación con los subordinados.

Paulatinamente el Derecho del Trabajo comienza a afectarlos en los aspectos más vitales: en Alemania, la ley federal de vacaciones de 1963 se aplica también a los parasubordinados, y la ley de convenios colectivos de 1969 permite negociar colectivamente y realizar huelgas a los autónomos cuando dependan económicamente de un solo cliente en al menos la mitad de sus ingresos, una perspectiva que ha tenido considerable repercusión práctica en el sector de emisoras de radio y televisión. En Reino Unido, las medidas de prevención de riesgos

laborales comprenden a los autónomos desde la ley de 1974, la igualdad de trato desde 1996, el salario mínimo desde 1998.

En algunos países los tratamientos normativos puntuales dejan paso a una regulación más global, reconociendo de tal forma la paulatina importancia de un supuesto que inicialmente tenía una mínima importancia. Así, en Italia el supuesto de la relación *cococo* (colaboración coordinada y continuativa) amplía su régimen desde su escueto artículo originario en el Código de Enjuiciamiento Civil a varios artículos en el Decreto Legislativo 276/2003, el cual exige la formalización escrita del contrato, una remuneración proporcionada, y la justa causa para resolver el contrato, entre otros derechos, aunque también establece deberes de reserva. En España, las aproximaciones puntuales en prevención de riesgos dieron paso a una ambiciosa ley 20/2007, Estatuto del Trabajo Autónomo, donde se distingue entre las normas dirigidas al trabajador autónomo en sentido propio (derechos fundamentales de igualdad, intimidad, tutela judicial, etc., y garantías como la acción directa contra el empresario principal en el caso de subcontratas), y las aplicables a los autónomos económicamente dependientes (los «trade»), entendidos como aquellos cuyos ingresos provienen de un solo cliente al menos en un 75 por 100, normas que contemplan principalmente la forma escrita del contrato, la negociación colectiva, vacaciones y descansos, justa causa para la extinción del contrato, y jurisdicción laboral.

F. EL TRABAJADOR COMO PERSONA

Durante el primer período del Derecho del Trabajo, el trabajador es contemplado como la contraparte de la relación laboral, quien detenta la fuerza física o mental que pone a disposición del empleador, y cuya potencialidad debe protegerse. Sus necesidades como persona o, si se quiere, como individuo, vienen cubiertas mediante las normas de prevención de riesgos y de seguridad social, y solo algunas precisiones puntuales van más allá de lo elemental al exigir un trato digno en ciertos casos, como por ejemplo los registros.

La dispersión del segundo período comienza hasta cierto punto como una secuela de la intensa campaña pro derechos civiles de los años sesenta en Estados Unidos y con la hermosa legislación kennedyana al respecto. Y digo hasta cierto punto, porque si bien la norma europea pionera en reconocer los derechos civiles de los trabajadores aparece tan próxima a aquélla como en 1970 -Estatuto de los Trabajadores italiano-, el impulso sindical del mayo francés de 1968 y del otoño caliente italiano de 1969 le otorgan un carácter muy distinto al de la pugna racial norteamericana y la resistencia juvenil a los empeños bélicos del gobierno USA. De cualquier modo, lo importante a nuestros efectos consiste en que el tipo de disciplina imperante en las fábricas masificadas del fordismo se resquebraja con la crisis de esa época y aparece un nuevo tipo de empresa reducida y ágil, con una plantilla mínima del núcleo de actividad. Al tiempo que la

gran empresa y los sindicatos de masas comienzan su calvario, el espacio laboral típico pasa a permitir un conocimiento cabal de la contraparte, y lo que en principio parece un reconocimiento de la identidad específica de cada trabajador en su relación laboral, paulatinamente terminará convirtiéndose en un aliento de independencia y de reafirmación de su individualidad.

Los derechos fundamentales de la persona poseen una textura *erga omnes*, oponibles con carácter general, y proceden de la Constitución. Hasta cierto punto son externos al contrato de trabajo y no contemplan al trabajador como contraparte de la relación laboral, sino como individuo en su plenitud de *cives*, pues hacen referencia a las libertades individuales del primer nivel de los derechos que trazan, según Jellinek, un *status libertatis* frente a todos. Pensados como defensa del individuo frente al poder político, era lógico hasta cierto punto que su tutela penetrara también en los ámbitos del poder económico, una vez aceptada la *Drittwirkung* para algunos derechos fundamentales de segunda generación, como los de libertad sindical y huelga.

Semejante circularidad y al mismo tiempo autosuficiencia de los derechos fundamentales viene calificado con fortuna por el legislador francés en las leyes Auroux de 1982, que pretenden hacer «ciudadanos en la empresa» mediante la protección de las libertades en la misma, sobre todo de la libertad de expresión, en un haz de derechos denominados por la doctrina como «ciudadanía en la empresa», y también gracias al desarrollo de las instituciones de representación, a través de derechos denominados de «ciudadanía de la empresa».

Pero sin duda el derecho fundamental con mayor expansión durante las primeras décadas del segundo período no va a ser ninguno de los típicos que se conocen como derechos de la personalidad, sino justamente uno que podría perfectamente haber surgido en el primer período del Derecho del Trabajo, más propenso a las grandes categorías de trabajadores: numerosas leyes en todos los países reconocen la igualdad de derechos (laborales) entre hombres y mujeres, así como la prohibición de discriminaciones por razón del género.

Hasta qué punto la igualdad de género arranca en la etapa anterior para adquirir un carácter híbrido, a medio camino entre derecho de la personalidad y derecho laboral, nos lo muestra su aparición en el Tratado Fundacional Europeo de 1957, en donde queda reflejada como igualdad de *retribución* de la mujer trabajadora. Como en casi todos los derechos laborales reconocidos a nivel europeo, surge del recelo de los países que ya lo tenían reconocido en su legislación frente al posible el dumping social de los países sin tal derecho. El tema tendrá su desarrollo en la Directiva sobre igualdad salarial 75/117/CEE, seguida de inmediato por la Directiva sobre igualdad en el empleo y condiciones de trabajo 76/207/CEE, completada por la Directiva 97/80/CE, sobre carga de la prueba. Y al igual que en la legislación nacional de los Estados miembros, de la igualdad de género se pasa de seguido a reconocer la igualdad *laboral* entre todos los trabajadores, con independencia de razas, religiones, minusvalías, etc.

El reconocimiento de los derechos de privacidad, dignidad, intimidad, expresión, etc., como se ha dicho, va a tardar bastante más, a pesar de su reconocimiento solemne en leyes paradigmáticas. Vendrá de la mano de los nuevos poderes de vigilancia y control de los empresarios, cuando el uso y abuso de los medios audiovisuales por ambas partes, primero, y la normalización informática, después, coloquen la relación laboral en un plano de transparencia que ha sido descrito por DÄUBLER como «cristalino», y por otros autores como abocando a una «empresa panóptica».

G. EL TRABAJADOR COMO SUJETO MERCANTIL

La mediación pública en el empleo a través de las oficinas de colocación perseguía durante la primera fase ofrecer un *servicio* a los desempleados para que pudieran obtener un nuevo puesto de trabajo, con información sobre las ofertas y demandas existentes en el mercado de empleo. Durante el tiempo de transición se facilitaba al desempleado una ayuda económica por parte de la Seguridad Social. En los momentos culminantes de la primera fase, los servicios de empleo llegaron a tener una facultad de imponer a las empresas los nombres de los que iban a ser contratados, aunque solo en algunos países y para algunos grupos de trabajadores especialmente desfavorecidos. En otros casos quedaba establecido un derecho preferente a la colocación de minusválidos que se hacía efectivo mediante la lista especial que figuraba en el servicio de colocación correspondiente. De cualquier modo, la mediación pública altamente centralizada que surge en Reino Unido y Países Bajos en los albores de la Segunda Guerra Mundial y se perfecciona en todos los países europeos después de ella, pretendía sustituir al mercado de las empresas de colocación privadas, cuyos abusos habían llevado a la OIT a adoptar los Convenios 2 (1919), 34 (1934) y 96 (1949). El sistema llega a su cénit con el establecimiento de monopolios públicos que prohibían la colocación entre privados, especialmente a las empresas de trabajo temporal (ETTs).

El desmoronamiento de aquel sofisticado sistema, que por lo demás no había dado los resultados apetecidos en punto a eficacia, ocurre a partir de los masivos cierres de empresas y los despidos multitudinarios de los años setenta, cuando el monopolio público de la colocación queda ampliamente desbordado por las cifras, y surgen soluciones anteriormente negadas, como de nuevo las ETTs –aunque ahora sometidas a ciertos controles- en un importante grupo de países. El monopolio público comienza a permitir, junto a la intermediación de esas empresas de trabajo temporal, la mediación de un cierto número de organismos colaboradores, desde los Ayuntamientos a los sindicatos, de manera que su papel cae paulatinamente a coordinar y orientar los múltiples vectores del servicio en sentido amplio, y uno tras otro los distintos países terminan por declarar abolido el régimen monopolístico.

El cambio más profundo que se produce con el Derecho del Trabajo centrífugo proviene de los países anglosajones y su visión religiosa de la salvación por

uno mismo. Durante toda la década de los setenta llegan al poder en Estados Unidos y en Reino Unido sendos gobiernos conservadores que se esfuerzan en declara abolido el Estado de Bienestar a través de una furiosa campaña de desacreditación de los trabajadores en paro. Su líder intelectual, el economista Milton Friedman, nos ha dejado páginas muy sesgadas del abuso en los servicios sociales de su país. De la mano de estos gobiernos se extiende por todo el ámbito anglosajón un nuevo enfoque que finalmente aterrizará en la Unión Europea y en el que el desempleado deja de ser alguien que ha perdido su relación laboral y necesita ayuda durante la transición, para convertirse en un administrado que se encuentra ocioso y le está costando al Estado una prestación sin nada a cambio. Semejante enfoque pragmático y hasta cínico de las relaciones de empleo pierde de vista al trabajador en la empresa para considerarlo como un individuo pasivo al que se debe «activar» para hacerlo productivo y ahorrar costes. Desde un punto de vista técnico, además, solo puede exigirse una contraprestación al desempleado cuando percibe prestaciones no contributivas –asistenciales-, pues las contributivas, como su nombre indica, reflejan el mecanismo del seguro, que es oneroso mediante las cotizaciones realizadas anticipadamente.

La «activación» utiliza tres mecanismos principales: por una parte, el endurecimiento de los requisitos para disfrutar de prestaciones de la Seguridad Social; por otra, el sentido de que a cambio de tales prestaciones el parado debe responder con alguna contraprestación, bien sea en trabajos de interés público, bien en su asistencia a cursos formativos; por último, el cambio de perspectiva de que lo importante en los servicios que presta el Estado a estos ciudadanos no es la prestación de la Seguridad Social, sino las medidas de política activa de empleo en sus múltiples facetas de orientación, formación, control...

Pronto surge el concepto de «workfare» para sustituir al de «welfare», que podríamos traducir en un sistema de protección condicionada. En un feliz juego de palabras, Standing señala cómo la política laboral de numerosos países evoluciona desde una estrategia de los derechos del trabajador hacia el derecho a trabajar y, en la perspectiva del workfare, hacia el deber de trabajar. Las medidas de workfare urgen a hacer productivo cuanto antes al desempleado, y para ello todos los recursos de control, seguimiento, exigencias de cursos, deber de aceptación de ofertas, se ponen en marcha. En Europa el nuevo enfoque aparece en Reino Unido, como se ha dicho, seguido por los países escandinavos.

En definitiva, lo que era una asistencia durante un período de necesidad se convierte en un enérgico impulso, casi compulsión, para hallar empleo.

Al mismo tiempo se produce lo que en terminología anglosajona se denomina *hollowing out*, literalmente «vaciamiento» del Estado de Bienestar, en un sentido muy distinto al que expresa su traducción literal: el Estado no puede continuar asumiendo los servicios sociales en semejante época de globalización económica, y los descentraliza en todas direcciones, hacia ayuntamientos, entidades sin

ánimo de lucro, agencias y otras organizaciones e instituciones. Una multitud de entidades asumen funciones de mediación, formación y control en el ámbito del mercado de empleo, y en este nuevo ámbito expandido el trabajador adquiere una situación como sujeto de ese mercado en donde la raíz laboral pierde fuerza al ver compartido su espacio con los programas de formación y perfeccionamiento, la relación aseguratoria de las prestaciones por desempleo, las relaciones tutoriales de orientación, seguimiento y control, e incluso la relación sancionatoria por incumplimiento de obligaciones. En algunos países se crean cátedras específicamente dedicadas al mercado de empleo, y nace un debate científico muy especializado sobre la materia: puede decirse que ha nacido una nueva disciplina científica.

El impulso de la Unión Europea se ha dejado sentir en dos etapas casi simultáneas. En un primer momento asume algunas ideas próximas al *workfare* en su Estrategia con la que pretendía llegar al pleno empleo, haciendo especial hincapié en reforzar la «empleabilidad» del trabajador mediante programas formativos y de orientación del desempleado, así como en dar una opción al desempleado al cabo de seis o de doce meses, según la edad. Luego, en su Informe sobre el Empleo del año 2003 adopta con entusiasmo las medidas de flexiseguridad que venían siendo ensayadas en Países Bajos y Dinamarca.

El trabajador en cuanto sujeto del mercado de empleo no se encuentra vinculado al empresario ni sostiene una relación laboral en sentido estricto, aunque algunas medidas de activación se le asemejan. Sus perspectivas pueden llevarle al empleo subordinado, pero también al autónomo o semiautónomo, a una relación funcionarial o profesional o, en fin, a un período de estudios más o menos largo.

H. EL EMPLEO PÚBLICO

En casi todos los países europeos el trabajo en las Administraciones Públicas se sujeta a normas diferentes a las del Derecho del Trabajo. La diferencia es aún más acusada allí donde se conserva una relación de confianza especial entre el servidor público o funcionario y su respectiva Administración, traducida en una inamovilidad en el empleo y en ciertas prerrogativas que a cambio limitan el haz de derechos del empleado público, por ejemplo en tema de huelga o de negociación colectiva. Alemania, Francia, Bélgica, Italia, Portugal o España han mantenido separados al funcionario, fonctionnaire, funcionário o Beamte, vinculado a su Administración por una relación de Derecho Público, del trabajador subordinado con relación laboral. En otros países, la relación de los servidores públicos se sujetaba al Derecho Común, asimismo fuera del Derecho del Trabajo.

Durante decenios, la relación especial del funcionario se mantuvo incólume a pesar de la masificación que los servicios públicos sanitarios, sociales, asistenciales, aseguratorios y educativos causaron en lo que había sido un tablero nítido de escalas y grupos dedicados esencialmente al ejercicio de potes-

tades públicas. Todavía en 1982 el Tribunal Constitucional español entendía tan obvia y pacífica la diferente naturaleza de la relación laboral estricta y de la funcionarial, que la propia Constitución la reflejaba remitiendo a leyes distintas la regulación de una y otra. La mencionada masificación del Estado de Bienestar condujo por diversos medios a una proletarización de los funcionarios, obligando a extenderles una parte de las normas laborales, en parte beneficiosas, en parte perjudiciales. El problema se agravó cuando las Administraciones optaron por contratar personal en régimen laboral, y esos trabajadores llegaron a sumar la mayoría de la relación de puestos de trabajo en bastantes entes públicos: así, Alemania durante los años ochenta alcanzaba el 60 por 100 del total del empleo público en régimen laboral, frente al 40 por 100 en régimen funcionarial, y en España el propio legislador justificaba la reforma administrativa por el «porcentaje significativo» de trabajadores ocupados en el sector público, especialmente en los entes locales.

La expansión del Derecho del Trabajo hacia el ámbito funcionarial toma un fuerte impulso en la década de los ochenta con el movimiento de la Nueva Gestión Pública procedente de Estados Unidos y auspiciado por la OCDE, el cual postula aplicar los principios gestores de la empresa privada a la Administración, especialmente la flexibilidad y la agilidad. Dos fórmulas de expansión del Derecho del Trabajo hacia los funcionarios podemos advertir en los últimos tiempos:

a) La aplicación de amplios conjuntos de normas laborales a este colectivo.
b) La privatización de los mismos en una relación laboral especial.

En la Unión Europea el viejo Reglamento de Funcionarios 259/68 ha sido también sustituido por nuevas normas en 2004, completando un ambicioso plan de modernización laboral, pues como indica la propia Comisión Europea, «los procedimientos de gestión, la contratación de personal, la promoción y evaluación del mismo, su formación y la atención social no cumplían ya los parámetros actualmente demandados por una administración moderna y dinámica».

I. CONCLUSIONES: EL SENTIDO DE LA EXTERNALIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

Como toda expansión, el fenómeno que viene sufriendo la materia laboral no deja incólume a su esencia, sino más bien la hace evolucionar para adaptarse a los nuevos ámbitos y recibe de ellos fuertes influencias que ponen en peligro su perfil característico. Atrás quedaron, a lo que parece, los principios generales que la habían caracterizado durante un siglo, aunque nunca han sido derogados formalmente porque en la mayor parte de los casos habían nacido al calor de las sentencias. Por ello no podemos afirmar en buena lid que el Derecho del Trabajo aumenta su campo de aplicación y por ello adquiere mayor importancia en la cosmogonía de las ramas del Derecho, porque la externalización acabada

de ver se acompaña de una ostensible agonía de cuanto hemos conocido como legislación protectora de una clase social. La paulatina adición de derechos para los trabajadores no tiene lugar en esas nuevas extensiones laborales, sencillamente volcadas en ajustar las reglas de intercambio de prestaciones y el equilibrio de intereses. Ni siquiera podemos afirmar que el Derecho del Trabajo ha convertido en trabajadores a nuevos colectivos mantenidos al margen hasta entonces, porque las nuevas normas «olvidan» aplicar trazos sustanciales del viejo ordenamiento, componiendo un panorama cada vez más aséptico o menos comprometido con la igualdad de trabajadores y empresarios.

El mundo anglosajón, que tantas iniciativas ha asumido en la nueva fase centrífuga del Derecho del Trabajo, nos viene dando desde hace algunos años una nueva pista sobre el que podría ser el nuevo papel de nuestra disciplina: la actividad productiva personal en sus diversas facetas, que desde luego contemplan al contrato de trabajo como una de sus posibilidades. Una propuesta no aislada, desde luego, pues desde hace también décadas se viene hablando en el continente europeo de la ampliación del Derecho del Trabajo hacia el trabajo autónomo para convertirlo, en definitivas cuentas, en un Derecho del Trabajo sin adjetivos, en la ya célebre frase de M. D'ANTONA.

La *secularización* de las normas dedicadas al trabajo humano no nos llevan al Derecho Civil, como tampoco se trata de insertar finalmente el contrato de trabajo en el Derecho de Contratos de esa rama del Ordenamiento. En este sentido, la teoría de los sistemas sociales, y en particular Niklas LUHMANN, nos enseña cómo la sociedad se hace cada vez más compleja para dividirse en subsistemas, en una evolución donde la diversificación y la diferencia actúan a manera de «big-bang». Pero es que, a mayor abundamiento, las normas sobre el empleo subordinado nunca han pertenecido al Derecho Civil, como modernas investigaciones británicas y francesas van poniendo de manifiesto, porque sus orígenes no están en el contrato de arrendamiento de servicios, sino en un «contrato de industria» autoritario que surge en las fábricas durante el siglo XIX para ser dulcificado por los convenios colectivos, los tribunales y las leyes, en lo que a partir de 1885 merecería el nombre con el que hoy le conocemos. La legislación laboral marcha, por todo ello, hacia su conversión en el Derecho Común del trabajo humano en cualquiera de sus facetas, con contenidos como la seguridad en el trabajo, los descansos y jornadas, las vacaciones, la formalización del vínculo y de su extinción, etc.

Su gran rival del futuro no parece que vaya a ser el Derecho Civil, sino el Derecho Mercantil. Al menos los indicios de ello aparecen claros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, en donde los derechos de huelga, de negociacion colectiva o de igualdad de trato aparecen contrastados y limitados por libertades empresariales en sentencias como la Albany, Viking, Laval o Rüfert.

La Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, agradece a los siguientes Estudios Jurídicos, que con su auspicio hicieron posible el Primer Encuentro Peruano-Chileno de la SPDTSS y la SCHDTSS.

ESTUDIO MUÑIZ | MUÑIZ RAMIREZ PEREZ-TAIMAN & OLAYA Abogados

RODRIGO, ELIAS & MEDRANO ABOGADOS

RUBIO LEGUIA NORMAND

EEA Estudio Echecopar Abogados

JORGE AVENDAÑO • FORSYTH & ARBE ABOGADOS

MIRANDA & AMADO ABOGADOS

ESTUDO Carlos Blancas Bustamante ABOGADOS

Gonzalez & Asociados CONSULTORES LABORALES abogados

Isabel Herrera Abogados

LABOREM 10, **Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,** se terminó de imprimir en la ciudad de Lima en los talleres de KL Servicios Gráficos SAC en Junio de 2010.