

Laborem

N° 15 / 2015

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

SEGURIDAD
SOCIAL



SPDTSS

SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO DEL
TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

Laborem 15
PRIMERA EDICIÓN MARZO 2015 500 ejemplares
Prohibida su reproducción total o parcial DERECHOS RESERVADOS D. Leg. N° 822
HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ 2015-03617 LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED
DISEÑO DE CARÁTULA Martha Hidalgo Rivero DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES Miguel Ángel Salinas Arica
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL RUC N° 20108098512 Av. Víctor Andrés Belaunde N° 395 San Isidro, Lima

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

Jaime Zavala Costa - Presidente de la SPDTSS.....	9
---	---

TEMA CENTRAL: SEGURIDAD SOCIAL

Leopoldo Gamarra Vélchez

La seguridad social: del Estado de necesidad al Estado de bienestar...	15
--	----

Álvaro Vidal Bermúdez

El derecho a la seguridad social en la Constitución Política y los Convenios Internacionales	45
--	----

Gabriela Lanata Fuenzalida

La reforma de 2008. ¿Una verdadera reforma previsional al Sistema Chileno?.....	69
---	----

César Abanto Revilla

¿El Sistema Privado de Pensiones es parte de la seguridad social? Un intento de adecuación a sus principios básicos	95
---	----

César Gonzáles Hunt

Mariella Antola Rodríguez

La derogación de la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes a los sistemas de seguridad social en pensiones	115
---	-----

Eduardo Marcos Rueda

La protección social de los artistas en el Perú.....	141
--	-----

Estela Ospina Salinas

Una mirada crítica al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo	175
--	-----

César Lengua Apolaya

Reflexiones con relación al accidente de trabajo en el régimen del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo	193
---	-----

Liliana Tsuboyama Shiohama

La ineptitud sobrevenida por accidente de trabajo o enfermedad ocupacional.....	225
---	-----

Eduardo Hurtado Arrieta

Controversias del SCTR en la jurisprudencia arbitral del Ceconar: 15 años aportando a la definición de una institución de la seguridad social	243
---	-----

**CONCURSO UNIVERSITARIO
AREQUIPA 2014**

Saulo Galicia Vidal

La responsabilidad civil derivada de los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales. ¿La falta de ejercicio del derecho de resistencia por parte del trabajador para no ejecutar una labor riesgosa exime de responsabilidad al empleador?	277
--	-----

Juan Carlos Girao La Rosa

Las relaciones colectivas de trabajo a partir del arbitraje potestativo: un balance general.....	307
--	-----

Junnia Alejandra Alvarado Prentice

La naturaleza jurídica de los <i>stock options</i> desde la perspectiva del Derecho Laboral.....	333
--	-----

Yhohanna Cravero Cisneros

“Responsabilidad solidaria” de los grupos de empresas fraudulentos	361
--	-----

Andy Jonathan Vélez Aliaga

Hacia la inclusión de la indemnización por daño moral en las pretensiones sobrevenidas de los actos de hostilidad laboral	388
---	-----

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Consejo Directivo 2013-2015

Presidente	: Jaime Zavala Costa
Vice-Presidente	: Alfonso de los Heros Pérez Albela
Secretario	: José Luis Germán Ramírez-Gastón Ballón
Pro-Secretario	: Carlos Alberto Quispe Montesinos
Tesorero	: Carlos Guillermo Morales Morante
Pro-Tesorero	: Roberto Juan Servat Pereira de Sousa
Secretario de Biblioteca y Publicaciones	: Raúl Guillermo Saco Barrios
Secretario de Eventos y Reuniones Científicas	: Martín Alberto Carrillo Calle
Secretario de Relaciones Internacionales	: César José Gonzáles Hunt

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

Abanto Revilla, César	Acevedo Mercado, Jorge Luis
Alva Hart, Beatriz Regina	Ampuero de Fuertes, Victoria
Aparicio Valdez, Luis (†)	Arbulú Alva, Luis (†)
Arce Ortiz, Elmer	Arévalo Vela, Javier
Balbín Torres, Edgardo Sergio	Balta Varillas, José
Barrenechea Calderón, Julio César	Beltrán Quiroga, Jaime Eduardo
Boza Pró, Guillermo	Butrón Fuentes, José Andrés (†)
Canessa Montejo, Miguel Francisco	Carrillo Calle, Martín Alberto
Castillo Montoya, Nixon Javier	Castro Otero, José Ignacio
Cavalié Cabrera, Paúl	Ciudad Reynaud, Adolfo
Cornejo Vargas, Carlos	Cortés Carcelén, Juan Carlos
Crisanto Castañeda, Ana Cecilia	Cuzquén Carnero, Jaime
De las Casas de la Torre Ugarte, Orlando	De los Heros Pérez Albela, Alfonso
Espinoza Escobar, Javier	Ferro Delgado, Víctor
Franco Pérez, Julio	Gamarra Vilchez, Leopoldo
García Granara, Fernando	García Landaburu, María Katia
Gonzáles Hunt, César José	González Nieves, Orlando
Guzmán Barrón Leidinger, Cecilia	Herrera Gonzales-Pratto, Isabel
Herrera Vásquez, Ricardo	Lengua Apolaya, César

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Marcenaro Freís, Ricardo Arturo
Matos Zegarra, Mauricio
Mejía Madrid, Renato
Morales Corrales, Pedro Gonzalo
Morales Morante, Carlos Guillermo
Neves Mujica, Javier
Ospina Salas, Estela
Paredes Palacios, Paúl
Pasco Lizárraga, Mario
Pizarro Díaz, Mónica
Puntriano Rosas, César Alfredo
Quispe Montesinos, Carlos Alberto
Saco Barrios, Raúl Guillermo
Servat Pereira de Sousa, Roberto Juan
Tsuboyama Shiohama, Liliana Pilar
Ugaz Olivares, Mauro
Vidal Bermudez, Álvaro
Vilchez Garcés, Lidia
Villacorta Ramírez, Edmundo
Vinatea Recoba, Luis
Zavaleta Cruzado, Róger Enrique

Matallana Ruiz, Roberto
Mayorga Miranda, Víctor
Mendoza Legoas, Luis
Morales González, Néstor
Mortola Flores, Italo Román
Núñez Paz, Sandro
Pacheco Zerga, Luz
Pasco Cosmópolis, Mario Martín (†)
Pilotto Carreño, Luigino
Prelle Mayuri, Herbert
Quiñones Infante, Sergio Arturo
Ramírez-Gastón Ballón, José Luis Germán
Sanguineti Raymond, Wilfredo
Toyama Miyagusuku, Jorge Luis
Toledo Toribio, Omar
Ulloa Millares, Daniel Augusto
Vidal Salazar, Michael
Vilela Espinosa, Anna
Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo
Zavala Costa, Jaime

Relación de Miembros Honorarios de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Carlos Blancas Bustamante
Ricardo Nugent López
Néstor de Buen Lozano
Jean Claude Javillier
Alfredo Montoya Melgar
Américo Plá Rodríguez (†)
Héctor Hugo Barbagelatta (†)
Guillermo Gonzales Rosales (†)
Javier Vargas Vargas (†)
Antonio Ojeda Avilés

Fernando Elías Mantero
Jorge Capriata D'auro
Oscar Ermida Uriarte (†)
Emilio Morgado Valenzuela
Fernando Suárez González
Mozart Víctor Russomano (†)
Manuel Alonso Olea (†)
Ricardo La Hoz Tirado (†)
Joaquín Leguía Gálvez (†)
Manuel Carlos Palomeque López

PRESENTACIÓN

Considerando la importancia que en los últimos años ha retomado la problemática previsional, el tema central de esta edición de la *Revista Laborem* está dedicado a la Seguridad Social, comprendida como un mecanismo en el cual confluyen diversas aristas de orden político, social, económico y jurídico, a través del cual se procura brindar protección al ser humano frente a los estados de necesidad (contingencias) que lo afectan de forma transitoria o definitiva.

Si bien existe cierta discusión respecto a la fecha exacta de nacimiento del concepto moderno de Seguridad Social, pues algunos lo ubican en 1919, en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), mientras otros lo consideran recién en 1942, con el Primer Informe de William Beveridge, lo cierto es que se trata de un beneficio que constituye el punto más elaborado de las herramientas de protección individuales y colectivas que el hombre ha ido perfeccionando desde los inicios de sus propios orígenes, pasando del ahorro al asistencialismo y del mutualismo hacia el seguro social.

En dicho escenario, la Seguridad Social ha adquirido autonomía desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como un beneficio distinto de los derivados del Derecho Laboral, recibiendo una particular atención a inicios de los ochenta, con ocasión de la reforma producida en Chile tras la creación del Sistema Privado de Pensiones.

En el Perú, en los recientes años hemos pasado por diversos cambios en el terreno previsional, como la reforma pensionaria del 2012 (Ley N° 29903), la huelga médica del 2013, que originó -entre setiembre y diciembre de dicho año- la emisión de más de veinte decretos legislativos vinculados a la Seguridad Social en salud, o la reciente derogatoria de la obligatoriedad de la afiliación de los trabajadores independientes a un sistema

pensionario, que nos demuestran el profundo impacto que este tema genera en la sociedad.

En tal sentido, con la finalidad de aportar en el análisis de los problemas relacionados con esta materia, hemos invitado a algunos miembros de nuestra Sociedad y a especialistas, nacionales y extranjeros, para que nos brinden sus puntos de vista sobre esta particular disciplina.

Desde una perspectiva teórica general, Leopoldo Gamarra Vílchez nos presenta un estudio titulado “La Seguridad Social: Del estado de necesidad al estado de bienestar”; asimismo, Álvaro Vidal Bermúdez, participa con el ensayo “El Derecho a la Seguridad Social en la Constitución Política y los Convenios Internacionales”.

Entrando en el terreno pensionario, Gabriela Lanata Fuenzalida nos ilustra sobre las experiencias de nuestro vecino del sur, con un artículo sobre “La reforma de 2008. ¿Una verdadera reforma previsional al sistema chileno?”. En sede nacional, César Abanto Revilla nos entrega un trabajo titulado “¿El Sistema Privado de Pensiones es parte de la Seguridad Social? Un intento de adecuación a sus principios básicos”; César González Hunt revisa el reciente problema de “La derogación de la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes a los Sistemas de Seguridad Social en pensiones”; y Eduardo Marcos Rueda nos muestra su apreciación respecto de “La protección social de los artistas en el Perú”.

En el ámbito de los riesgos laborales, dentro de la vertiente vinculada a la protección asegurativa previsional, Estela Ospina Salinas nos brinda “Una mirada crítica al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo”; asimismo, César Lengua Apolaya nos entrega sus “Reflexiones con relación al accidente de trabajo en el régimen del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo”; Liliana Tsuboyama Shiohama analiza el tema de “La ineptitud sobrevenida por accidente de trabajo o enfermedad ocupacional”; y Eduardo Hurtado Arrieta se aboca a la revisión de las “Controversias del SCTR en la jurisprudencia arbitral del Ceconar: 15 años aportando a la definición de una institución de la Seguridad Social”.

También se incluyen en esta edición, los ensayos ganadores en el Sexto Concurso Universitario de Investigación en Derecho Laboral y Seguridad Social convocado con ocasión del Sexto Congreso Nacional de nuestra Sociedad, realizado en la ciudad de Arequipa los días 8, 9 y 10 de octubre de 2014, que en orden de mérito son los siguientes: “La responsabilidad civil derivada de los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales.

¿La falta de ejercicio del derecho de resistencia por parte del trabajador para no ejecutar una labor riesgosa exime de responsabilidad al empleador?” (Saulo Galicia Vidal, Primer Puesto), “Las relaciones colectivas de trabajo a partir del arbitraje potestativo: Un balance general” (Juan Carlos Girao La Rosa, Segundo Puesto), “La naturaleza jurídica de los *stock options* desde la perspectiva del Derecho Laboral” (Junnia Alejandra Alvarado Prentice, Tercer Puesto), “Hacia la inclusión de la indemnización por daño moral en las pretensiones sobrevenidas de los actos de hostilidad laboral” (Andy Jonathan Vélez Aliaga, Mención Honrosa) y “Responsabilidad solidaria de los grupos de empresas fraudulentos” (Yhohanna Cravero Cisneros, Mención Honrosa).

Finalmente, se deja constancia del especial agradecimiento al doctor César Abanto Revilla, asociado de la SPDTSS, quien ha sido el coordinador de esta publicación sobre temas de la problemática previsional.

31 de diciembre de 2014

Jaime Zavala Costa
Presidente de la SPDTSS

TEMA CENTRAL
SEGURIDAD SOCIAL

LA SEGURIDAD SOCIAL: DEL ESTADO DE NECESIDAD AL ESTADO DE BIENESTAR

Leopoldo Gamarra Vélchez⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro objetivo es mostrar cómo la seguridad social nace en un momento muy especial en Europa, por medidas económicas y políticas como son los impuestos. Es decir, fue posible pasar de un estado de necesidad como situación de riesgo de la población a un Estado de Bienestar (en adelante, EdB) a través de la seguridad social como sistema de protección contra todos los riesgos. Esta constatación es fundamental para América Latina que, en estas dos últimas décadas, tiene crecimiento económico y no desarrollo expresándose en desigualdades sociales.

Por otro lado, el tema de la seguridad social, tras años de ser considerada como una formulación técnica, ha salido del discurso puramente económico y se ha convertido en un tema social. Por lo tanto, nos preguntamos en el trabajo: ¿existe seguridad social en América Latina al igual que en Europa? ¿Cómo pasar de un estado de necesidad a un Estado de Bienestar a través de la seguridad social en América Latina?

(1) Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de Derecho Previsional en la Universidad de Piura.

En ese sentido, desarrollaremos el tema planteado en cuatro partes: en la primera, trataremos el nacimiento de la seguridad social a fines del siglo XX, enfatizando el paso de los seguros sociales a la seguridad social en Europa; en la segunda parte, presentaremos las causas de la crisis de la seguridad social; en la tercera parte, analizaremos si es posible aplicar la experiencia del EdB en América Latina revisando su realidad económica y la desigualdad social como estado de necesidad, y terminamos esta parte argumentando la necesidad de la seguridad social. Por último, en la cuarta parte, trataremos de responder la segunda pregunta clave planteada en el párrafo anterior, insistiendo en el rol del Estado en materia de seguridad social.

II. EL NACIMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EUROPA

La seguridad social como instrumento de política social y redistribución del ingreso nacional, ha sido promovida desde el siglo XIX con los seguros sociales, habiendo alcanzado su consolidación a lo largo del siglo XX como paradigma de Europa occidental⁽²⁾. Veamos.

1. Los seguros sociales como etapa previa

Los seguros sociales contributivos, solidarios y públicos nacieron a fines del siglo XIX, en un contexto de industrialización en Europa que sentaron las bases del desarrollo económico y crearon las condiciones para que vastos sectores de trabajadores se organizaran y demandaran el respeto y promoción de mejores condiciones de trabajo y de vida, como son los seguros sociales.

Así, hace más de 130 años, Alemania se convirtió en el primer país del mundo en adoptar un programa de seguro social, diseñado por Otto von Bismarck: en 1881 con la Ley de seguro de accidentes de trabajo, en 1883 con la Ley de enfermedades y en 1889 con la Ley de seguro contra la vejez (jubilación)⁽³⁾. Estos hechos influyeron en la reflexión oficial de la Iglesia católica, en 1891, con la encíclica *Rerum Novarum* del Papa León XXIII, sobre

(2) Ver MARKEY, Laurence. *Droit Social: cours de sécurité sociale*. Université Louvain-la-Neuve, Bélgica, 2014. También LETTIERI, Alberto. *La civilización en debate: de las revoluciones burguesas al neoliberalismo*. Ed. Prometeo libros, Buenos Aires, 2004, p. 95 y ss.

(3) Los mecanismos del seguro social en pensiones buscan asegurar el ahorro para poder cubrir satisfactoriamente los requerimientos del consumo durante la vejez, la invalidez y la sobrevivencia que son asumidas bajo la forma de pagos continuos.

los problemas sociales, el reconocimiento de la dignidad del trabajo, la denuncia de las condiciones inhumanas del trabajador y el planteamiento de posibles soluciones.

Este proceso se consolidó con la creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919, que constituyó un hito importante en el proceso de reconocimiento de los derechos sociales de los trabajadores en el mundo; asimismo, con el reconocimiento del sufragio universal⁽⁴⁾.

Estos seguros parten del concepto que los trabajadores deben aportar para recibir determinadas prestaciones en la lógica de evitar o superar el riesgo en general y, específicamente, el riesgo laboral. La evidencia disponible en la literatura convencional acerca del comportamiento de los trabajadores, muestra de manera típica un grado de “miopía”⁽⁵⁾, pues 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 solo monetario) como para financiar el periodo 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 periodo.

También se considera que el mercado no genera una cantidad de bienes, como la pensión de jubilación u otro riesgo que puede sufrir un trabajador en el número y el monto que la sociedad considere como suficientes y adecuadas, en esas condiciones se identifica y se señala como una falla del mercado. Es decir, la literatura sobre el seguro social fundamenta su existencia en una “falla del mercado” en el sentido de que está demostrado con amplitud, que los trabajadores librados a su propia voluntad no consiguen el ahorro necesario para financiar una prestación determinada.

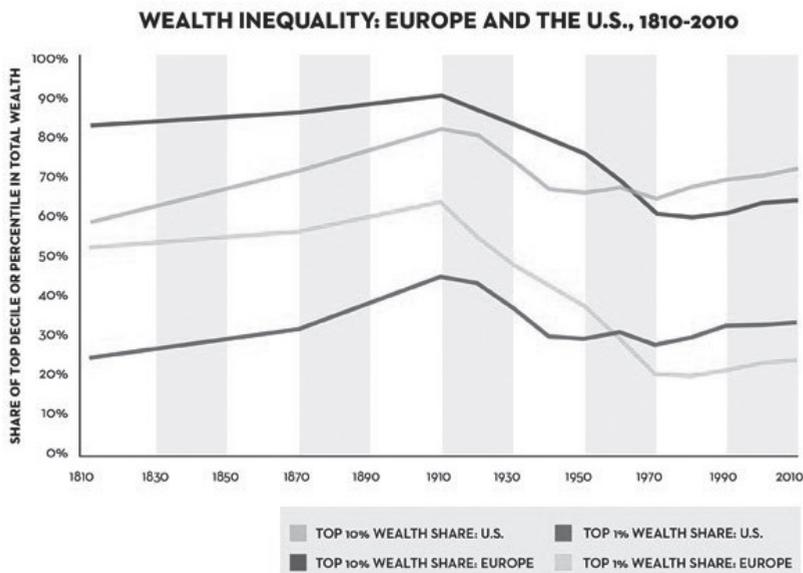
2. El paso de los seguros a la seguridad social como EdB

En la década de 1930, después de la Primera Guerra Mundial y de la crisis económica, se aplicaron fuertes impuestos al capital.

(4) Al respecto, ver el trabajo de DELCOURT, Hélène. *Droit Social*. Cardjin Louvain-la-Neuve, annee academique 2014-2015, Bélgica.

(5) El Banco Mundial (“Envejecimiento sin crisis”, 1994) denomina “miopía” al hecho de que es difícil que la gente joven pueda anticipar cuáles serán sus necesidades cuando sea mayor. Por ello, el BM argumenta la necesidad de que el Estado intervenga en esa situación señalando que la dependencia de la población mayor de las transferencias familiares, de sus inversiones y ahorro no siempre es confiable.

En el siguiente gráfico⁽⁶⁾, podemos apreciar la evolución de la participación en la renta a lo largo de los siglos XIX, XX y XXI en Europa. Observamos que el punto de quiebre, es el año de 1910 consolidándose en el año de 1930 hasta 1970, de la renta nacional durante ese periodo; no obstante, a partir de los años setenta, la concentración de la riqueza nacional está volviendo a los niveles de la preguerra.



Entonces, la reducción de la desigualdad en la renta, calculada a través del nivel de concentración de la riqueza, a principios del siglo XX, fue indudablemente resultado de medidas fiscales específicas que afectaron a las rentas del capital y, de esta manera, se redujo la concentración de la renta de la población más adinerada.

Según Piketty⁽⁷⁾ las rentas del capital de los más ricos (de donde proviene gran parte de su riqueza) no se pudieron recuperar hasta después de 1970. Quiere decir, que la concentración de la riqueza se afectó en los años de la década de 1930 básicamente a causa de la introducción de impuestos

(6) ALVAREDO, Facundo and PIKETTY, Thomas. “The Dynamics of Income Concentration over the Twentieth Century The Case of Advanced Economies”. November, 2008.

(7) PIKETTY, Thomas. *Le capital au XXI siècle*. Editions du Seuil, 2013.

progresivos –indica el autor como el impuesto sobre las rentas del capital que permitieron financiar y sostener un EdB⁽⁸⁾.

Así, empezó el nacimiento y desarrollo de los EdB en toda Europa. Entonces, el paso de los seguros sociales solo para algunos a una seguridad social para todos los ciudadanos marca la aparición del EdB. Es decir, los derechos de la seguridad social como las pensiones, la sanidad, el desempleo, junto a los servicios sociales, el derecho a la educación, la cultura y otros servicios públicos aplicables para todos los ciudadanos y no solo para los trabajadores, definieron el EdB como propio de la democracia europea como una herramienta política para proteger a todos y reducir las desigualdades sociales.

En la seguridad social también se aplica el concepto del “bien preferente” en la medida en que las personas no son previsoras, se justifica que la sociedad encuentre conveniente que el Estado intervenga “obligando” a los ciudadanos a tener comportamientos previsionales. En ese sentido, las prestaciones sociales son un bien preferente⁽⁹⁾, 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⁽¹⁰⁾. Esta es una justificación para que exista un sistema de seguridad social en un EdB⁽¹¹⁾.

Por ello, la implementación de sistemas de seguridad social se ha vuelto una de las principales características del EdB desde mediados del siglo XX. En este sentido, con el Informe Beveridge⁽¹²⁾, en el que se proponía su-

(8) En ese largo periodo del siglo pasado, hubo crecimiento económico que se tradujo en pleno empleo y que permitió que los trabajadores mejoraran su posición en el reparto de la renta a través de los salarios, condiciones laborales y fortalecimiento de las organizaciones sindicales. Este empoderamiento del trabajo fue muy importante en la construcción del EdB financiado por una tributación progresiva. Es decir, fue la política y no solo la economía que hizo que el capital limitara su importancia en comparación al trabajo.

(9) En literatura vinculada a políticas sociales también se encuentra la denominación “bien meritario”. Ver por ejemplo el texto de Luis de Sebastián, *Participación por contrato: La participación como mecanismo contractual en las políticas sociales*. BID, 1997.

(10) “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 (...). Si, por otro lado, concebimos la seguridad social como un programa de redistribución, cabe suponer que la justicia dicta que reciban relativamente mayores pensiones los que se encuentran en peor situación; los pobres deberían recibir más de lo que hubieran aportado previamente”. (STIGLITZ, Joseph. *La economía del Sector Público*. 2ª ed., Universitat Pompeu Fabra, Antoni Bosch Editor, 1998, p. 372).

(11) *Ibídem*, p. 365.

(12) El Informe Beveridge (1941) que luego se transformó en plan de inspiración keynesiana fue la base del EdB. Jhon Maynar Keynes (1883-1946), su obra más importante, en la cual detalla la esencia de su doctrina, se titula *Teoría general del empleo, el interés y el dinero*. Obra que tuvo su origen en la depresión económica de los años treinta y cuyos planteamientos transformaron el pensamiento económico en el siglo XX.

perar el problema de pobreza de la población de Gran Bretaña, la seguridad social adquirió un concepto aún más amplio. Los programas de asignaciones familiares, de salud pública, de asistencia social, de empleo y otros, de carácter no contributivo y financiado a través del fisco, pasaron a integrar, junto al seguro social, el universo de políticas de seguridad social. Esto último revela en toda su dimensión la íntima ligazón entre la política de desarrollo y la de seguridad social.

Las prestaciones en la seguridad social son universales en sus dos sentidos: comprende a todas las personas (“desde la cuna hasta la tumba”) y a todos los servicios para superar los estados de necesidad en una sociedad. El ejemplo emblemático es la prestación por desempleo aunque existen modelos en cuanto al requisito, cuantía y duración. Alemania, España, Irlanda, Italia, Portugal exigen ciertos requisitos como el periodo de cotización; en cambio, Francia, Grecia, Holanda y Dinamarca exigen requisitos menores. En cuanto a la cuantía, en general la tasa de reemplazo llega entre 60 y 70 % hasta el 80 % como máximo del sueldo regulador. Y respecto a la duración, suelen tener carácter limitado (en España 2 años, en Francia 5 años), aunque puede ser ilimitado como el de Bélgica.

Así, el EdB no solo garantiza a todos los ciudadanos unos mínimos servicios o prestaciones como la jubilación, el seguro de desempleo y la educación en general sino también la protección social como la sanidad, la administración de justicia, la seguridad ciudadana y otras prestaciones; además, se desarrolla permanentemente el trato igualitario y el respeto y garantía del acceso universal a todos los beneficios sin excluir a nadie de su utilización o consumo y mucho menos por su capacidad económica⁽¹³⁾.

Eso implica que los servicios que el EdB brinda son accesibles a todos los ciudadanos o habitantes, no solo a quienes son considerados pobres o necesitados, ni considerados como “limosna o caridad pública”. En ese sentido, es un EdB para todos los ciudadanos. También es un reconocimiento de los derechos sociales como parte fundamental de los derechos humanos; no obstante, un EdB tiene que ser una posibilidad real de producción, contar con los medios necesarios. De lo contrario estaríamos hablando de

(13) El mismo Hayek sostiene que “puede ser cierto que el método más efectivo para proveer contra ciertos riesgos comunes a todos los ciudadanos es un Estado a dar a todo ciudadano protección contra esos riesgos” (HAYEK, Fréedrich. *Los fundamentos de la libertad*. 6ª ed., cap. VI, Unión Editorial, Madrid, 1998).

derechos reconocidos jurídicamente pero no plasmados en la realidad como ocurre permanentemente en América Latina.

III. CAUSAS DE LA CRISIS ACTUAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Existen muchos estudios empíricos sobre la causas de la crisis actual de la seguridad social como EdB, específicamente sobre la desigualdad social, que es la causa principal, entre los cuales conviene destacar a Piketty, cuyo libro ha sido considerado, con razón, una revelación, porque advierte que estamos en una senda irreversible hacia los niveles de inequidad en la renta del siglo XIX; además, –según Piketty– tendemos hacia un “capitalismo patrimonial” (“the past tends to devour the future”) o a una segunda *Belle Époque*⁽¹⁴⁾.

Tres hechos nos sirven para entender por qué ha crecido la desigualdad a partir de la década del setenta y son hechos exógenos al sistema de la seguridad social y del EdB⁽¹⁵⁾, pero que originaron su crisis⁽¹⁶⁾ y cuestionamiento por algunos sectores⁽¹⁷⁾. Piketty lo denomina “contradicción central del capital”⁽¹⁸⁾.

1. Las políticas gubernamentales a favor del capital

En la década del noventa, el mundo occidental liderado por los gobiernos de Thatcher y Reagan, dio paso a políticas neoliberales⁽¹⁹⁾ que fueron

(14) Thomas Piketty cita algunas interesantes alusiones literarias de la destacada novelista británica Jane Austen (1775-1817) y de Honoré de Balzac (1799-1850). Así, tenemos al personaje Vautrin en Balzac, *Le Père Goriot*, para describir esa época: “(...) pertenecer al 1 % más rico del siglo XIX y simplemente vivir de la riqueza heredada podía darte dos veces y medio el estándar de vida que podrías adquirir perteneciendo al 1 % más rico de los trabajadores”.

(15) “Hasta el 2007, Europa era referente de integración y Estado de Bienestar...” (DÍEZ, José Carlos. “Europa ausente”. En: *El País*, Madrid, 14 de noviembre de 2014, p. 26.

(16) Crisis en términos gramscianos como momentos en que lo viejo no acaba de morir y lo nuevo no acaba de nacer.

(17) ROSANVALLON, Pierre. *La nouvelle question sociale, repenser l'état-providence*. Editions du Souil, París, 1995. También, OFFE, Claus. *Contradicciones del estado de bienestar*. Ed. Alianza, Madrid, 1990.

(18) Aunque Piketty no desarrolla las causas de lo que llama la “contradicción central del capital”. Pero, atribuye la existencia de dicha contradicción al desequilibrio de poder entre el capital y el trabajo. Además, demuestra estadísticamente que el declive constante en la participación del trabajo en la renta nacional desde los años sesenta se deriva del poder político y económico del capital en detrimento del trabajo.

(19) El neoliberalismo como denominación es un neologismo que permite dar a conocer una nueva etapa del liberalismo como el proceso de hegemonía ideológica y política en el pensamiento contemporáneo. Y en términos económicos, se debe a que sus medidas se aproximan a los prekeynesianos o liberales.

implementadas primero en América Latina y en África, a través del Consenso de Washington⁽²⁰⁾. Así, el derrumbe del muro de Berlín en 1989 apareció como el triunfo de las fuerzas mundiales pro libertad de los mercados. Asimismo, la actitud de los organismos internacionales frente al auge de la desigualdad cambió sustancialmente⁽²¹⁾.

En Europa, con el Consenso de Bruselas, conocido como la versión europea del Consenso de Washington, las reformas para combatir la actual crisis económica están sirviendo a muchos gobiernos como excusa para afectar el EdB y girar hacia una sociedad cada vez más tolerante con la desigualdad⁽²²⁾.

Desde el 2007 asistimos a una crisis financiera internacional, de la inversión y el crédito que surgió en los Estados Unidos, cuyo impacto es la crisis social, el déficit público y el desempleo abierto. En ese contexto, “la caída de *Wall Street* es para el fundamentalismo de mercado lo que la caída del muro de Berlín fue para el comunismo”⁽²³⁾. Y la crisis que vive Europa, desde el 2008, es el resultado de un fenómeno estructural del capitalismo financiero.

Finalmente, el retorno a los niveles de inequidad del siglo XIX afectando seriamente al EdB preocupa a muchos políticos y economistas, porque esta conclusión parece llamar más la atención cuando pertenece a un país industrializado ya que, al parecer se da por hecho la existencia de inequidad social o altos niveles de desigualdad en países en desarrollo.

2. El crecimiento de la actividad especulativa del capital financiero

Hemos pasado de un capitalismo productivo a un capitalismo especulativo; esto quiere decir que el **dinero genera más dinero** sin que exista ninguna actividad productiva de por medio.

(20) El Consenso de Washington es el nombre puesto por el economista Jhon Williamson a lo que él consideraba ser una idea consensual en el ámbito institucional de Washington, respecto a la crisis económica de América Latina y la solución que debería ser aplicada.

(21) MINSBURG, Naúm. “Transnacionalización, crisis y papel del Fondo Monetario Internacional y del banco Mundial”. En: *Tiempos violentos: neoliberalismo, globalización y desigualdad en América Latina*. Atilio Boron y otros (compiladores), Ed. Clacso, Buenos Aires, 2004, p. 34.

(22) Con la flexiseguridad en materia de trabajo y pensiones con el factor de sostenibilidad y el aumento de la edad de jubilación. El término flexiseguridad apareció en la Comisión Europea con el Libro Verde. Ahí se plantea el supuesto equilibrio entre flexibilidad y seguridad basado en la flexibilización del despido y un incremento de las prestaciones por desempleo.

(23) STIGLITZ, Joseph. *La crisis económica mundial*. Ed. Oveja negra, Quinteros editores, Bogotá-Colombia, 2008, p. 61.

A esta transformación del capitalismo, en donde se dieron cambios profundos en la gestión, organización productiva y en el trabajo, se debe el estancamiento y descenso de los salarios, la precarización del trabajo, el recorte de las pensiones y de la seguridad social en conjunto, la disminución de los costos laborales y la desregulación del mercado de trabajo⁽²⁴⁾. “La polarización de las rentas, con un incremento muy notable de las del capital y muy en particular del capital financiero a costa de una reducción de las rentas del trabajo”⁽²⁵⁾.

Pero, esto no es mera coincidencia, las rentas del capital han subido a costa de que las rentas del trabajo han ido descendiendo⁽²⁶⁾. En efecto, la reforma laboral en la UE es resultado del Consenso de Bruselas, regido por las instituciones de la UE, principalmente por la Comisión Europea y el Banco Central Europeo. Como ejemplo, tenemos la última reforma laboral en España y Francia.

Este consenso ha sido aplicado con dureza en la UE durante los últimos años, bajo su principal postura de rechazo absoluto a políticas expansionistas del gasto público con el temor de incrementar el gasto social, de acuerdo al Pacto de Estabilidad que el déficit público no debe sobrepasar el 3 % del PBI. Como consecuencia, el Banco Central Europeo ha desarrollado políticas monetarias que han llevado en la mayoría de los países europeos a un aumento considerable del desempleo, una reducción notable de la masa salarial y el correspondiente debilitamiento de los derechos laborales y sociales en gran parte de la UE.

3. La concentración de la riqueza por parte del capital

Según Piketty, hasta la década de 1970, la concentración de la riqueza en el 10 % de la población con más dinero se mantuvo estable entre 31-32 %, que posibilitaba el desarrollo pleno del EdB; sin embargo, en los años siguientes, se observa un leve aumento hasta 36-37 %, y con más notoriedad a partir de la década de 1980. Pese a varias décadas de estabilidad la

(24) Nos referimos al paso del fordismo-taylorismo al neoliberalismo.

(25) NAVARRO, Vicenc; TORRES, Juan y GARZÓN, Alberto. *Hay alternativas, propuestas para crear empleo y bienestar en España*. Ed. Sequitur, Madrid, 2011, p. 30.

(26) El descenso de las rentas del trabajo durante el periodo 1981-2012 fue de 5,5% en EEUU, 6,9 % en la UE-15, 5,4 % en Alemania, 8,5 % en Francia, 7,1% en Italia, 1,9 % en el Reino Unido y 14,6% en España. Fuente: ECFIN, European Commission Statistical Annex, Table 32, Autumn 2012.

participación del 10 % más rico ha crecido espectacularmente en los últimos 25 años llegando a los niveles de la preguerra mundial.

Esta tendencia es consecuencia del increíble crecimiento de la renta del 1 % de la población con más dinero que ha generado crisis del EDB⁽²⁷⁾. Así, la productividad en EE.UU. y en Europa occidental ha aumentado en los últimos 40 años y sus ganancias han ido a manos de los propietarios y gestores de las grandes empresas a través del enorme crecimiento de los beneficios empresariales y a costa del escaso crecimiento de los salarios⁽²⁸⁾. Por este motivo, en los últimos años, es cada vez mayor la concentración de la riqueza y de la renta en el 1 % de la población.

Lo lamentable es que esta concentración es muchas veces promovida por el propio Estado a través de políticas que favorecen solo a las rentas más altas, como muestra tenemos la actual Reforma Fiscal en España, la Reforma Schröder⁽²⁹⁾ en Alemania o el escándalo que denunció el Presidente de la Comisión Europea, Jean Claude Juncker: “que 340 multinacionales utilizaron Luxemburgo para no pagar impuestos (...)”⁽³⁰⁾.

IV. ¿PODEMOS APLICAR LA EXPERIENCIA DEL EDB EN AMÉRICA LATINA?

El trabajo de Piketty es fundamental para responder la pregunta planteada, porque señala que la desigualdad en la renta a lo largo de los siglos XX y XXI se debe básicamente a la acumulación del capital por parte de un grupo de la población. Esta conclusión es una de las más importantes del autor, porque introduce el concepto de la riqueza heredada y las rentas del capital como fuentes de inequidad.

(27) Esto ha provocado en los últimos años constantes protestas e irrupciones sociales alrededor del mundo, como por ejemplo: Occupy Wall Street en EE.UU. y el 15M, en Europa, con la frase “We are the 99 %”.

(28) En EE.UU., desde 1973 hasta 2011, la productividad por trabajador creció nada menos que un 80.4 %. El salario horario promedio; sin embargo, creció solo un 4.0 %. En realidad, si los salarios hubieran crecido como creció la productividad laboral, el salario horario promedio hubiera sido de 27.89 \$ (en dólares del 2011), en lugar de 16.07\$ (Lawrence, Mishel y Kar-Fai, Gee, “International Productivity Monitor”, Spring 2012).

(29) Conocidas como Agenda 2010, cuyas políticas fiscales beneficiaron a las rentas del capital a la vez que sus reformas laborales determinaron el descenso de los salarios.

(30) En el diario *El País*, Madrid, 14 de noviembre de 2014, p. 5.

Por lo tanto, conociendo las causas y los beneficios de un EdB para toda población y cómo se puede superar la inequidad social, se puede plantear como posible el paso de los seguros sociales a la seguridad social, como el paso necesario del estado de necesidad al EdB en América Latina⁽³¹⁾; en ese sentido, conviene explicar qué está pasando con su economía como desafíos, las limitaciones de los seguros sociales y la necesidad de la seguridad social.

1. Realidad económica y desafíos

La evidencia empírica sugiere que si bien la desigualdad está en ascenso en gran parte del mundo, existe una diferencia sustancial entre Europa occidental y América Latina, porque actualmente tiene los mismos niveles de inequidad en la renta que Europa en 1900; sin embargo, con un crecimiento económico permanente de dos décadas a diferencia de Europa.

En efecto, el crecimiento económico en América Latina en estas últimas décadas es espectacular con tasas que superan el 9 %, pero sin desarrollo. Es decir, el concepto de desarrollo no puede limitarse al crecimiento de objetos inanimados (como el PIB) sino que “su valor debe estar relacionado con el efecto que tienen en las vidas y libertades de las personas a quienes atañen”⁽³²⁾.

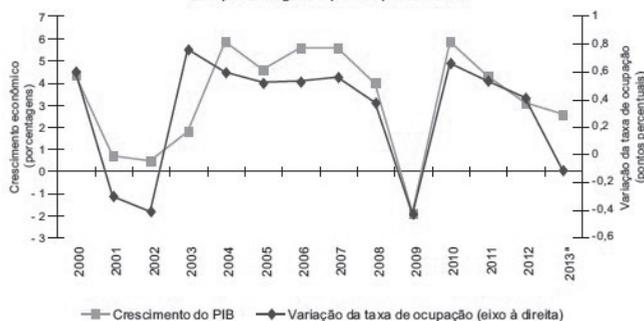
Como se puede observar, en el siguiente gráfico de la Cepal, el crecimiento económico de América Latina, del 2002 al 2009 fue sostenido subiendo especialmente a una tasa superior del 6 % en el año 2010 y luego bajó a una tasa entre 3 % y 4 % en general. Sin embargo, también se puede observar que en la tasa de ocupación (empleo) hay una fuerte contracción hasta el año de 2013 que es menor del año de 2009 en pleno crecimiento⁽³³⁾.

(31) La otra alternativa sería esperar como sugiere la teoría de Simon Kuznets (1955) más conocida como “la curva de Kuznets”, que sostiene que los países en desarrollo deben ser suficientemente pacientes y no preocuparse de los costos sociales al corto plazo que origina el desarrollo, porque en un futuro cercano, la desigualdad se reducirá cuando logren industrializarse. Piketty ha demostrado, en su libro mencionado, lo contrario.

(32) Martha Nussbaum y Amartya Sen, eds., *The Quality of Life* (Oxford: Clarendon Press, 1993), y David Crocker y Toby Linden, eds., *Ethics of Consumption* (New York: Rowman and Littlefield, 1998).

(33) Esta diferencia entre el crecimiento económico (expresado en el comportamiento del PBI) y la tasa de ocupación se debe al modelo de desarrollo de una economía extractiva de recursos naturales y no de materias con valor agregado.

América Latina e Caribe: crescimento econômico e variação da taxa de ocupação, 2000-2013
(Em porcentagens e pontos percentuais)



Fonte: Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) com base em cifras oficiais.
* Projeções.

A pesar del crecimiento económico, los problemas que se pueden enunciar de manera sucinta son: la debilidad del empleo formal, la plantilla es débil, en el sentido de expresión de empleo formal con beneficios sociales; es decir, con amplio dominio del trabajo independiente, temporal, sin contrato, o en términos generales informal⁽³⁴⁾. Existe una escasa cobertura de los seguros sociales frente al grupo poblacional que enfrenta la contingencia. El desempleo y subempleo se convierten en un límite estructural para el seguro social; además, el impacto de esta situación se extiende a la economía informal, por cuanto la demanda de los bienes y servicios depende en gran medida del ingreso medio de los trabajadores.

No obstante, en la última década, muchos países han implementado políticas públicas, con el objetivo de ampliar la cobertura de la protección social, con programas no contributivos. A pesar de estos avances, que solo son programas, gran parte de la población aún no tiene acceso a sistemas de protección social.

2. Limitaciones y problemas de los seguros sociales

Los seguros sociales en América Latina muestran aspectos polémicos⁽³⁵⁾, como la cobertura minoritaria respecto a la población, las cotizaciones de los

(34) El desempleo y subempleo, expresada en la constante pérdida del poder adquisitivo, sería una de las causas principales del crecimiento de la pobreza, donde pobres son los hogares que no tienen un ingreso suficiente para satisfacer sus necesidades básicas.

(35) En el Informe del Banco Mundial, manteniendo la promesa de seguridad de ingresos para los de edad avanzada en Latinoamérica, se analiza 11 países de la región concluyendo que las reformas ignoraron el papel del primer pilar público en la reducción de la pobreza, ya que el asunto de la cobertura era uno de los objetivos de las reformas de los sistemas de jubilación. Y propone, tanto para orientar a las autoridades de los países que ya están en proceso de reforma, como para

empleadores en momentos de crisis, las limitadas prestaciones, la complejidad administrativa y burocrática, han originado el divorcio del sistema previsional respecto a los beneficiarios, que se expresa en problemas permanentes como la deuda previsional y la falta de institucionalidad de las prestaciones.

Se puede entender, por lo menos parcialmente, que las responsabilidades de ese diagnóstico se debe a las dificultades económicas producto de la inflación de la década de 1980, a la cuantiosa deuda de los empleadores del Sector Público y Privado, al uso de los recursos para fines ajenos, la deficiente gestión administrativa y económico-financiera, a la corrupción y al no pago del Estado de sus deudas incalculables que terminaron, a inicios de los noventa, haciendo crisis los seguros sociales existentes.

En ese contexto, los seguros de pensiones derivaron primero en simples esquemas de reparto, al desaparecer las reservas técnicas; y progresivamente se tornaron más dependientes de las finanzas públicas, con dos restricciones muy claras: el nivel de la cotización de trabajador, que incide sobre los costos laborales de contratación; pero también el nivel de obligaciones previsionales en el gasto público, que presiona sobre los otros componentes del presupuesto, en especial sobre aquel que es más flexible, la inversión pública.

De esta manera surgió la necesidad de tener que expresar en pasivos tangibles las promesas/compromisos de pago a futuro cuando se acredita el derecho de tener una pensión; ello se expresaron de dos maneras: como bonos del Estado que reconocen aportaciones realizadas y como flujo de pagos futuros para atender pensiones en periodos subsiguientes.

Las drásticas restricciones que aquejaron al sistema público, de cuenta única y de solidaridad, alentaron el modelo previsional de capitalización individual de carácter privado con el supuesto objetivo de brindar mayores y mejores pensiones⁽³⁶⁾.

Hace más de tres décadas que empezó la implementación del Sistema Privado de Pensiones en América Latina⁽³⁷⁾. Hubo un momento de euforia

aquellos que están considerando emprenderlas, que deben prestar más atención a la función de prevenir la pobreza, para la cual consideran fundamental los pilares públicos, concretamente “la formación de un primer pilar robusto de jubilaciones”.

(36) Sin embargo, según el Informe de la OIT en la 91 Conferencia de 2003, se verificaron éxitos en la cobertura de las pensiones en Brasil y de las prestaciones de salud en Costa Rica, ambos con el sistema público como base.

(37) El 4 de noviembre de 1980, con el gobierno militar de Augusto Pinochet, Chile fue el primer país que aplicó un régimen obligatorio de pensiones de capitalización individual; El Salvador, fue el segundo país en la región en 1990; luego el Perú en 1992; Colombia y Argentina en 1993,

en los que dirigían el sistema privado, tratando en definitiva de insertarse eficazmente en el proceso real de implementación del seguro social, pero con un modelo teórico distinto⁽³⁸⁾. Ahora afronta problemas y limitaciones para su desarrollo de manera diferente en cada país latinoamericano.

Ciertamente el sistema privado, en estos años, generó el máximo de ahorro de parte de los trabajadores⁽³⁹⁾. Pero, los cuatro principios señalados exigen para su cumplimiento la recuperación de la actividad económica global, procesos de ajuste real en los mercados de bienes y factores que aseguren el logro de la rentabilidad en las inversiones, y el nivel óptimo de afiliaciones; además, fundamentalmente, el aumento remunerativo que incida en la economía general⁽⁴⁰⁾.

Una revisión objetiva de la realidad latinoamericana bastaría para demostrar cuán lejos está el modelo teórico del mundo real. La acentuada crisis productiva, tecnológica, ocupacional y social de muchos países hace irrelevantes las proposiciones planteadas⁽⁴¹⁾. Además, solo se solucionaría el tramo de personas que califican para pensiones mínimas, no estando incorporadas la mayoría de trabajadores al sistema de capitalización, porque son autónomos o su saldo acumulado es insuficiente para financiar una pensión lo cual requiere de un esfuerzo fiscal complementario⁽⁴²⁾.

aunque en el 2008 Argentina retornó al sistema público; México en 1995; Bolivia en 1996 y República Dominicana en el 2001. También se aplicó el modelo mixto (público como base y opcional el privado) como el caso del Uruguay y Costa Rica.

- (38) En cuatro proposiciones puede resumirse el cuerpo teórico del SPP: las pensiones son mercancías reguladas por la oferta y la demanda del mercado; responsabilidad individual y libertad personal en el ahorro para obtener pensiones; la empresa privada es garantía de eficiencia y modernidad en la gestión jubilatoria; el sistema es seguro y rentable y posibilitará la reactivación económica de cada país.
- (39) En el Perú, a fines de 2001 la cartera administrada por las AFP había llegado a representar más de la cuarta parte del total de las obligaciones del sistema bancario con el Sector Privado (MORÓN, Eduardo y CARRANZA, Eliana. *Diez años en el Sistema Privado de Pensiones: avances, retos y reformas*. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima, 2003).
- (40) BUSTOS, Raúl. "Reforma a los Sistemas de Pensiones: peligros de los programas opcionales en América Latina". En: *Revista de Estudios Públicos*. N° 58, 1995, p. 331.
- (41) Podemos señalar algunas razones:
- La concentración del ingreso y de la propiedad en el sector financiero transforma en una ficción el mercado de capitales perfectos y vacíos de todo contenido real la idea de tasas óptimas al ahorro.
 - La marcada crisis industrial y los mercados de trabajo están lejos de convertir automáticamente el ahorro interno en inversión segura. Es decir, la formulación genérica del aporte individual no garantiza gozar de una pensión mayor que la que ofrece el sistema público.
 - El carácter de las remuneraciones y su desregulación, que inciden en la actividad económica junto con la persistente tasa de desempleo y subempleo, ponen de manifiesto el simplismo de la teoría de la previsión social, del ahorro forzoso individual.
- (42) En la medida en que la "planilla" como acreditadora de derechos sociales no es el mecanismo generalizado de contratación, existiendo el uso de diversas maneras para disponer de mano de

3. Necesidad de la seguridad social

Como sabemos, las políticas y programas sociales mejoran, sin duda, la situación de pobreza y/o pobreza extrema en la que una gran proporción de la población se encuentra inmersa en América Latina⁽⁴³⁾. Efectivamente, son herramientas cruciales para aumentar las posibilidades de desarrollo de esta población. Empero, este tipo de política no afecta a la concentración de la riqueza; en consecuencia, no logra una mejor redistribución de la renta y, por ende, no reducen la desigualdad.

Hemos visto cómo la reducción de la desigualdad social, a inicios del siglo XX, fue producto de una mejor redistribución de los ingresos a través de la seguridad social. A pesar de que las medidas sociales afectaron, sin duda, la acumulación de capital de los más ricos, fue indudablemente la introducción de impuestos progresivos lo que realmente permitió reducir los altos niveles de desigualdad de inicios del siglo XX y tener un EdB.

En ese sentido, la discusión respecto a la necesidad de la seguridad social en América Latina hoy en día toma un sentido distinto, ya no está en juego una posición voluntarista a favor o en contra, sino la imperiosa necesidad de pasar de un estado de necesidad a un EdB como alternativa posible y necesario en este contexto de crecimiento económico de dos décadas continuas.

Además, el cuestionamiento a cualquier sistema de seguro social que viene funcionando desde hace muchos años no debe llevar a proponer su liquidación sino a superar esos problemas, para lograr que funcione a través de mecanismos de sistema de seguridad social que signifique redistribuir mejor la riqueza, afectando la renta nacional de tal modo que sea costeadada por todos para proteger a todos.

Puesto que hasta ahora, se entiende el seguro social como protección a determinada población especialmente contra riesgos, contingencias sociales; aunque el centro sigue siendo el trabajador a partir del cual la protección se va extendiendo a su familia y a otras prestaciones sociales⁽⁴⁴⁾. Estos

obra que no esté sujeta a beneficios sociales.

(43) Al respecto ver: Joshua D. Angrist, *Voucher for private schooling in Colombia*, paper, Cambridge, 2001. Paul Schultz, *School subsidies for the poor: evaluating the Mexican progressa poverty program*, Yale University, august, 2001.

(44) El convenio 102 de la OIT señala como contingencias sociales, objeto de protección, a la enfermedad, maternidad, invalidez, la vejez, cargas familiares, el desempleo, accidentes, los riesgos ocupacionales, la muerte, etc.

seguros siguen el modelo “Bismarck” que es financiado por los trabajadores y empleadores, y administrado por el Estado.

La diferencia radica en que el seguro social se limita a sustituir la pérdida de la capacidad de ganancia producto de una contingencia, basada en la contribución individual; mientras que la seguridad social se orienta a la redistribución de ingresos en beneficio de todos⁽⁴⁵⁾.

Entonces, en este nuevo contexto económico y de globalización⁽⁴⁶⁾, los temas para una reflexión de fondo sobre la necesidad de la seguridad social en América Latina deben partir de la realidad concreta y deben considerarse también las normas internacionales y nacionales de cada país, como el fundamento jurídico que veremos en el próximo capítulo.

Actualmente en América Latina, con gobiernos democráticos, no se puede seguir solo con políticas asistencialistas con el intento de paliar los problemas sociales solo como instrumento político. Se debe pasar de un “debe ser” legal⁽⁴⁷⁾ a un imperativo histórico de implementación de la seguridad social, como un proceso de transformación que se necesita hace años⁽⁴⁸⁾.

Obviamente, sin descartar la necesidad de mantener todavía ciertos programas sociales, el nuevo contexto económico y la praxis de los gobiernos requieren obligatoriamente de un enfoque estratégico de la implantación de la seguridad social, de manera dinámica, que permita definir la acción del Estado en cada situación concreta, con miras a vencer las restricciones de los oponentes. En definitiva, más que un instrumento técnico, la seguridad social debe ser una estrategia política.

En realidad, a pesar de las dificultades de la seguridad social en Europa, como hemos desarrollado líneas arriba, nadie sin embargo, ha declarado

(45) El concepto de seguridad social recientemente empleado por la OIT es: “La noción de seguridad social (...) cubre todas las medidas de suministro de prestaciones a efectos de garantizar una protección frente a la falta de ingresos, acceso a la atención médica, pobreza y exclusión social” (World Social Security Report 2010-11, OIT, Ginebra, 2010, pp. 13-14).

(46) La globalización es hoy un fenómeno presente en todos los ámbitos de la vida humana; no obstante, como señala la Iglesia católica “es un fenómeno que hay que gestionar con sabiduría. Es preciso globalizar la solidaridad” (*L'Osservatore Romano*, N° 18, mayo 2000, p. 6). De igual forma la OIT, en su 89 Conferencia de 2001, señaló como objetivo estratégico institucional “ante la mundialización y las políticas de ajuste estructural, la seguridad social es más necesaria que nunca”.

(47) Incorporado por el constitucionalismo contemporáneo (SAGÜES, Nestor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, pp. 91-108).

(48) Al respecto, ver *Amérique Latine, Tourment de siècle*, bajo la dirección de Georges Couffignal, Editions La Decouvert, París, 1997.

difunta la idea de la seguridad social como sistema, y la necesidad de protección no disminuye sino que aumenta en todo el mundo como un derecho fundamental reconocido universalmente⁽⁴⁹⁾.

Por eso, la necesidad de la seguridad social en el mundo es admitida por todos, aunque con diferentes matices y énfasis. Por su puesto, que esta idea no es compartida ciertamente por quienes aceptan que el “óptimo social” se logra con la ausencia total de la intervención del Estado en la economía y neutralidad respecto a los problemas sociales⁽⁵⁰⁾ o de quienes sostienen el individualismo como alternativa frente a los problemas económicos y sociales que actualmente atraviesa la sociedad⁽⁵¹⁾.

V. ¿CÓMO PASAR DE UN ESTADO DE NECESIDAD A UN ESTADO DE BIENESTAR?

Tratar este capítulo, bajo el expresivo nombre mencionado, presupone que existen soluciones a los temas planteados. Con ese fin, se divide en tres partes que solo plantea las herramientas precisas para la implementación de una seguridad social para todos en América Latina: el primero, tiene como objeto desarrollar el concepto de los impuestos progresivos; el segundo, revisar el funcionamiento de las instituciones, especialmente el rol del Estado; y el tercero, sistematizar los fundamentos jurídicos.

1. Los impuestos progresivos

(49) Así tenemos la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social” (art. 22).

(50) Como señalan los liberales: “En una economía libre da lugar a un desarrollo económico armonioso y dinámico, pero motiva una desigual y siempre cambiante distribución de la renta. Todo intento de igualar los resultados del proceso de la libertad solo podría llevarse a cabo una vez, puesto que se acabaría con el proceso mismo y con los fundamentos de la sociedad libre que defendemos. Además, el ideal de justicia social implica el conceder al Estado unos poderes de tal amplitud sobre la vida de sus ciudadanos, que son absolutamente incompatibles con el ideal liberal (...). La única igualdad que deben defender los liberales es la igualdad ante la ley y como la acabamos de definir, pero en ningún caso una igualdad en los resultados, que es de raíz incompatible con la libertad y que se basa en un concepto de justicia social espurio y falso” (HUERTA DE SOTO, Jesús. *Estudios de Economía política*. Unión Editorial, Madrid, 2004, p. 261).

(51) En un contexto mundial de un nuevo individualismo, escindido de ideales sociales y de toda solidaridad, con aspiraciones al bienestar material y creciente hedonismo que tiende a hacer del logro individual el fin de la existencia (Ver POIRIER, Jean. “La Machine à civiliser”. En: *Histoire de mœurs*. La Pléiade, París, 1991; Gilles Lipovetsky, *L’ère du vide*, Gallimard, París, 1993); CORTINA, Adela. *Por una ética del consumo*. Ed. Taurus, Madrid, 2002. También ver la entrevista al sociólogo polaco, Zygmunt Bauman, quien acuñó el concepto de la “sociedad líquida” (diario *El Mundo*, Madrid, 4 de mayo de 2013, p. 20).

Llegado a este punto, debemos recordar que el sistema económico actual no puede lograr por sí solo una eficiente movilidad social. Por consiguiente, hay que lograr que “los que ahora ganan pierdan y los que ahora pierden ganen”⁽⁵²⁾; para ello, el mejor instrumento económico son los impuestos. Y hemos visto, en el primer capítulo, que la introducción de impuestos progresivos⁽⁵³⁾ fue determinante para controlar la concentración de la riqueza.

Cada vez es más evidente que un número considerable de países, en especial aquellos en desarrollo, minimizan la importancia de realizar reformas fiscales para lograr un sistema tributario eficiente y equitativo. Su atención está en la aplicación de programas sociales, en la liberalización de los mercados; sin embargo, sin restar relevancia a estas políticas, creemos que la política fiscal es el verdadero instrumento para afrontar el problema de la desigualdad y el subdesarrollo de estas naciones.

Los países en desarrollo tienen una preferencia especial por la imposición indirecta que es la más distorsionadora y regresiva, y dejan de lado impuestos como el IRPF que no solo recaudan más sino sobre todo encarnan una función redistributiva. Lamentablemente, la historia de la tributación en América Latina, por ejemplo, está correlacionada con los desequilibrios en la balanza fiscal; por ello, en estos países la tributación tiene únicamente una función recaudatoria, lo que es incongruente con sus grandes abismos sociales⁽⁵⁴⁾.

Por lo tanto, no podemos avanzar como continente teniendo como base una estructura económica no competitiva; en ese sentido, debemos revalorar y redescubrir la política fiscal, construir una nueva economía pública anclada en la justicia para garantizar el bien común de todos.

Entonces, ¿la tributación puede ser nuevamente el gran instrumento para hacer frente a la desigualdad? Creemos, como Piketty, que la solución se encuentra en la tributación pero no en cualquier tipo de tributación, sino en una *tributación progresiva*. En especial, un impuesto progresivo sobre las rentas del capital y sobre las rentas del trabajo puede reducir la creciente

(52) Navarro Vincenç, “Capital-trabajo: el origen de la crisis actual”, en el periódico *Le Monde Diplomatique*, julio de 2013.

(53) Según Piketty y Saez la definición general de progresividad es: “un sistema tributario es progresivo si después del pago de impuestos, la renta está más equitativamente distribuida que antes del pago de impuestos”. En: “How Progressive is the U.S Federal Tax System? A Historical and International Perspective”. En: *Journal of Economic Perspective*. Volume 21, N° 1, 2007, pp. 3-24.

(54) GAMARRA RONDINEL, Ana. “Hacia una tributación compasiva”. En: *Revista Páginas*. Ed. CEP, Lima, agosto de-2014.

desigualdad, sin desmerecer ni mucho menos opacar el aporte de las políticas y programas sociales. De ahí, nuestro interés en rescatar la función redistributiva, además de la recaudatoria, de algunos impuestos.

- Impuesto sobre las rentas del capital

Para algunos economistas este tributo solo es un obstáculo para el crecimiento económico por sus supuestos efectos negativos sobre las decisiones de consumir y ahorrar de los individuos, además del costo de eficiencia y de deslocalización del capital a los que lo relacionan⁽⁵⁵⁾. Por el contrario, Piketty⁽⁵⁶⁾ sugiere que este impuesto tiene efectos dinámicos y acumulativos que reducen el retorno neto de la riqueza. Cabe añadir que la incidencia de este impuesto sobre la acumulación del capital es superior a cualquier otro tributo, incluyendo el impuesto a la herencia, por ejemplo: “con un impuesto sobre la renta de capital del 50 %, el capital inicial se multiplica por 1.5 luego de 50 años; en cambio, si no existiera dicho impuesto, el capital se multiplicaría por 7.3”⁽⁵⁷⁾.

En consecuencia, el impuesto sobre las rentas del capital impide que la riqueza crezca desorbitadamente que si no existiese ningún impuesto. De esta manera, este tributo resulta ser un instrumento de redistribución en la sociedad⁽⁵⁸⁾. Sobre su posible efecto en el crecimiento económico, la historia nos muestra que el PIB per cápita creció mucho más después de la SGM sobre todo en países como Alemania y Francia donde los *shocks* fueron extremadamente devastadores.

Piketty concluye que tener altos niveles de concentración de capital no es un prerequisite para el crecimiento económico. Esto es crucial sobre todo en países en desarrollo y aquellos otros que están sobreviviendo a la actual crisis económica porque contradice el argumento muchas veces utilizado por los gobiernos. Se da prioridad a la acumulación de riqueza a través de reformas contractivas que lo único que hacen es concentrar la renta en unos pocos y favorecer a los que más tienen bajo la excusa del crecimiento

(55) Pero esta deslocalización se debe a que no existe ninguna cooperación en materia de impuestos directos entre países. Por ejemplo, en la UE, recién en 1997 se adoptó un paquete de medidas para combatir la competencia fiscal. No obstante, actualmente aún no se pone en práctica ningún acuerdo de cooperación.

(56) Thomas Piketty, Chapter 5: The Kuznets' Curve, Yesterday and Tomorrow, in “Understanding Poverty”, Banerjee Abhijit, Benabou Roland and Mookherjee Dilip.

(57) Piketty, Ídem.

(58) CONESA, J., KITAO, S. y KRUEGER, D. “Taxing capital? Not a bad idea after all”. En: *American Economic Review*, March, 2009.

económico. Pero, los altos niveles de inequidad en la renta son obstáculos para el crecimiento económico.

- **Impuesto sobre las rentas del trabajo**

Este impuesto es importante para el sistema tributario, porque además de ser un instrumento recaudatorio sustancial de cuyos ingresos depende buena parte del gasto público, también tiene una función redistributiva que ningún otro impuesto posee. Muchos estudios empíricos, demuestran que es el único tributo que aporta progresividad al sistema fiscal en su conjunto debido a la regresividad de los impuestos indirectos y la casi proporcionalidad, con ligera tendencia a la regresividad, de las cotizaciones sociales. Por lo tanto, el grado de progresividad de todo sistema tributario depende de la significación de las rentas del trabajo que tenga en el sistema.

Pero, ¿qué importancia tiene sobre la desigualdad que un sistema tributario sea progresivo? Es determinante que un sistema tributario en su conjunto sea progresivo, porque significa que la distribución de la renta posimpuestos es mayor que la distribución de la renta antes de impuestos para la población con menos renta, caso inverso para la población con más renta. Quiere decir que hay un “efecto redistributivo” o, en otras palabras, que la desigualdad en la renta se reduce después del pago de impuestos si y solo si el sistema tributario es progresivo.

Luego, la progresividad de un sistema fiscal es elemental debido a su capacidad de redistribuir la renta, este hecho se puede corroborar a través de varios índices como la curva de Lorenz, el índice de Gini y de Concentración, Kakwani y Suits, y Reynolds y Smolensky (conocido como RS).

Por consiguiente, el impuesto sobre las rentas del trabajo entraña una capacidad redistributiva gracias a ser un impuesto progresivo porque aumenta la renta disponible de los más pobres entre un 15 y 18 %⁽⁵⁹⁾; de esta manera, incide sobre la concentración o el grado de desigualdad de la base imponible antes y después de descontar el impuesto. Ambos impuestos (sobre las rentas del capital y del trabajo) tienen un impacto sustancial a largo plazo sobre la desigualdad debido a que inciden sobre la concentración del capital y de la renta después del pago de impuestos.

(59) ZUBIRI, Ignacio. “El diseño del IPRF en un contexto económico cambiante: el trade off eficiencia-equidad”. En: *Desigualdad, redistribución y bienestar, una aproximación a partir de la microsimulación de sistemas fiscales*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, p. 135.

2. Reformar las instituciones

Las instituciones entendidas como el conjunto de reglas y jerarquías que rigen las relaciones sociales en un determinado contexto⁽⁶⁰⁾. En ese sentido, podemos desarrollar dos hechos: el rol del Estado y la voluntad política con valores.

- El rol del Estado

Tras el cuestionamiento y minimización, en la década de los noventa, del rol del Estado, la realidad se ha vuelto a imponer y nos encontramos frente a verdaderas limitaciones del modelo neoliberal, como también del cuestionamiento del rol del Estado respecto al mercado. Además, tenemos serias reflexiones sobre una nueva gestión pública⁽⁶¹⁾.

En efecto, frente a los problemas sociales en América Latina, es decir ante las apremiantes necesidades de la población a ser protegida, se dejó a que el funcionamiento irrestricto del mercado, con sus conocidas imperfecciones y limitaciones, sea el mecanismo adecuado de solución. Pero, aún en condiciones menos exigentes socialmente, el mercado ha demostrado sus debilidades para compatibilizar el crecimiento con la equidad, la acumulación con la autonomía de decisión, la estabilidad con el pluralismo; en último término, ha demostrado su insuficiencia como mecanismo promotor en lo económico, político y social, o sea, del desarrollo *stricto sensu*.

Los mercados modernos no funcionan sobre la base de decisiones individuales; las grandes empresas transnacionales poseen una fuerza y gravitación difíciles de contrarrestar; y, en ese sentido, inclinan a sus objetivos el funcionamiento de los sistemas económicos. Por ello, es imprescindible oponer una estrategia que solo puede ser llevada a cabo por el Estado, orientada a asumir el liderazgo de la seguridad social.

No se trata de invalidar el mercado como mecanismo de solución de ciertos problemas y en determinadas áreas; lo que se cuestiona es atribuirle un carácter rector y decisivo en la conducción de la seguridad social,

(60) NORTH, Douglas. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Cap I y VIII, Fondo de Cultura Económica, México, 1993. p. 199.

(61) Al respecto ver la conferencia internacional: Regards croisés sur l'Économie Sociale et Solidaire au Sud, Université Catholique de Louvain, 18 noviembre 2014. También, sobre la denominada Nueva Gestión Pública, de Carlos Ramió Matas (Reproducción del Centro de Investigación del Congreso de la República del Perú, en el Seminario Internacional Reforma del Estado, jueves 3 de julio de 2003).

particularmente en el difícil escenario que se extrapola para el futuro en América Latina en su conjunto.

De hecho, no podemos negar la utilidad en términos de estimular la inversión a través del sistema privado de pensiones y de reflejar los intereses de los agentes de la actividad económica o pretender eficiencia y modernidad. Pero el liderazgo en lo social debe radicar en el Sector Público, y el mercado debe funcionar con todas las regulaciones que exija el cumplimiento de una estrategia previamente concebida, producto del diálogo de los agentes sociales y el Estado. Por ejemplo, actualmente, el Estado no se responsabiliza de nada, no garantiza la rentabilidad mínima de los fondos de los trabajadores en el sistema privado de pensiones⁽⁶²⁾.

Debemos reconocer que en economías en desarrollo la experiencia que el Estado ha adquirido como regulador es limitada. Sin duda alguna, en la década de los 90 en América Latina se hizo mucho daño al rol de las instituciones como es el Estado. De hecho, la participación del Estado es fundamental, por mucho que se intente atribuirle un papel subsidiario y subalterno en un proyecto como la seguridad social.

- **Voluntad política con valores**

Para lograr una estructura económica y social que tenga como base la igualdad y la justicia, se necesita la voluntad política con valores. La siguiente cita de Smith nos demuestra que la economía por sí sola no permite la organización eficiente y equitativa de la sociedad: “No es de la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero que esperamos nuestra comida, sino de la consideración que ellos hacen de sus propios intereses. Apela-mos no a su sentido humanitario sino a su amor por ellos mismos (...)”⁽⁶³⁾.

Aunque erróneamente Smith es considerado por muchos el padre de la “mano invisible” (del egoísmo como principio básico de la economía); por el contrario, este economista no concebía el funcionamiento de la economía y del mercado sin la presencia de la ética. De ahí que, cree que la búsqueda del interés propio no es suficiente para lograr una ética adecuada sino que

(62) A pesar de que en Chile el Estado creó un sistema de control férreo, a tal punto que las AFP deben rendir cuentas diariamente. Además, se ha creado una pensión mínima que la garantiza, como una especie de subsidio para aquellos trabajadores que no pueden alcanzar una pensión considerable.

(63) SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Vol 1, Londres, 1776, p. 13.

también se requiere de virtudes tales como la prudencia, la comprensión, la generosidad y la actuación en función del colectivo.

También Sen⁽⁶⁴⁾ sugiere que se requiere de instituciones y de una ética en el comportamiento. En ese sentido, hoy los distintos agentes en la sociedad, debemos poner en práctica no solo estas virtudes sino también las complejas interrelaciones como los valores que no nos exigen desmerecer el papel del razonamiento económico, todo lo opuesto, nos obliga a ampliar el análisis económico⁽⁶⁵⁾.

Finalmente, la equidad y la libertad que no pueden ser reservadas solo para unos pocos, de ahí que la desigualdad es una preocupación central en la perspectiva de la libertad, y en consecuencia, en la idea de “desarrollo como libertad”. Y cuando hablamos de desigualdades es necesario analizar no solo de qué manera superarlas sino también apreciar el contraste que existe entre la perspectiva de la renta y la perspectiva de las capacidades. La desigualdad de la renta, sostiene Sen⁽⁶⁶⁾, puede ser muy diferente de la desigualdad en algunos otros “espacios” (es decir, en función de otras variables relevantes), como el bienestar, la libertad y los diferentes aspectos de la calidad de vida (incluida la salud y la longevidad).

Entonces, cuando se examinan y evalúan las medidas, como las que estamos proponiendo, que aspiran a reducir la desigualdad, se debe tomar en cuenta la relación entre la renta y las capacidades. Hay otros factores económicos que influyen en la privación de capacidades y las libertades fundamentales. Además de la falta de renta, como por ejemplo pueden ser las tasas de mortalidad, la desnutrición, el analfabetismo, entre otras. Por lo tanto, la relación instrumental entre la falta de renta y la falta de capacidades –sostiene Sen– varía de unas comunidades a otras e incluso de unas familias a otras y de unos individuos a otros.

En conclusión, la institucionalidad debiera permitir un adecuado alineamiento de intereses e incentivos, la reducción de los costos de transacción existentes y la posibilidad de decidir como ciudadanos; es decir con mecanismos tales que impidan la “selección adversa”, el “azar moral”, las

(64) SEN, Amartya. “¿Qué impacto puede tener la ética?”. Presentación en la Reunión Internacional sobre “Ética y Desarrollo” del Banco Interamericano de Desarrollo.

(65) La equidad y la eficiencia en interrelación con frecuencia no es entendida, porque se cree que la búsqueda de la equidad entorpece la eficiencia, cuando por el contrario una promueve a la otra.

(66) SEN, Amartya. “La pobreza como privación de capacidades (capítulo 4)”. En: *Desarrollo y Libertad*. Editorial Planeta, Buenos Aires, 2000, p. 114.

“asimetrías de información” que se refieren a ciertos derechos⁽⁶⁷⁾, y no a los derechos de “trasfondo” como llama Sen⁽⁶⁸⁾.

3. El fundamento jurídico

Hace décadas que nos encontramos ante la internacionalización de la seguridad social que obliga a los Estados, por encima de consideraciones de orden interno, a compromisos de origen supranacional con relación al panorama internacional. “Se trata sin duda, del factor de cambio (...)”⁽⁶⁹⁾.

Específicamente, en cuanto al fundamento jurídico de la seguridad social, tenemos a nivel internacional, la Declaración de los Derechos Humanos que reconoce en su artículo 22 que “toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social”⁽⁷⁰⁾; asimismo, el Convenio 102 de 1952 de la OIT que define las reglas mínimas en seguridad social que deben cumplir los Estados partes⁽⁷¹⁾. También tenemos los Tratados Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el sistema universal de la ONU, y el Protocolo de San Salvador.

Por otro lado, la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, fundada en 1954 en Lima, conforme lo señalan sus Estatutos es “un

(67) Eventualmente completar un contrato, con un componente de riesgo e incertidumbre, en especial porque está vinculado a promesas y compromisos de largo y muy largo plazo (CÓRDOVA, Daniel. “La Nueva Economía Institucional y el análisis del subdesarrollo en América Latina”. En: *Revista de Economía y Derecho*. Vol. 1, N° 2, Lima, 2004, pp. 7-23). Otro ejemplo de riesgo permanente en Benoit Cougnoud, *L'univers des risques en finance: un équilibre en devenir*, Presses de Sciences, París, 2007.

(68) Una pregunta estremecedora con la que Amartya Sen inicia uno de sus trabajos, puede servir para hacer la diferencia, es: “¿Tienen las personas derecho a estar libres de hambre?” (SEN, Amartya. *Derecho a tener hambre*. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002).

(69) GONZÁLES, Bernardo Gonzalo. *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*. CES, Madrid, 1994, p. 17.

(70) También el artículo 25 que reconoce “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar (...)” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en París).

(71) El convenio 102, adoptado en 1952, entró en vigor en 1955, estableciendo las normas mínimas sobre seguridad social. Contempla un mínimo en los siguientes rubros: Asistencia médica preventiva curativa, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad y prestaciones de invalidez. Sin embargo, han pasado más de 60 años de la adopción del convenio, como norma mínima internacional en materia de seguridad social, que se aprobó por consenso, sin lograr su implementación plenamente. Existen pequeños avances en América Latina, sobre cobertura de prestaciones no contributivas a través de programas sociales, durante los últimos años, que la OIT los denomina “transición gradual hacia un paradigma de crecimiento inclusivo” como modelo de desarrollo. Cabe, insistir que se tratan de programas de determinados gobiernos y que no garantizan su permanencia.

Organismo Internacional, técnico y especializado, que tiene como finalidad promover el bienestar económico y social de los países iberoamericanos (...) mediante la coordinación, intercambio y aprovechamiento de sus experiencias mutuas en seguridad social”. También tenemos la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre que reconoce la protección de los derechos esenciales⁽⁷²⁾.

Finalmente, tenemos el documento⁽⁷³⁾ “La Estrategia de Desarrollo de los Sistemas de Seguridad Social de la OIT, el papel de los pisos de protección social en América Latina y el Caribe”⁽⁷⁴⁾, que recomienda que los programas y políticas de protección social deberían basarse en derechos y ser sostenibles.

En definitiva, se puede encarar el debate de estas normas jurídicas considerando el punto de vista de que es necesario construir la viabilidad económica y financiera para que los derechos sociales sean efectivamente universales en la cobertura de determinadas contingencias, pero no se puede negar su implementación como importante y fundamental de una sociedad.

En ese sentido, desde el XV Congreso Mundial de la Sociedad de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social se planteó que no se deben limitar las prestaciones sociales solo “a atemperar situaciones gravosas que aparecen en una economía de mercado. La seguridad social no como una función de las condiciones económicas, sino como un instrumento necesario para cada Estado moderno, que resulta de decisiones valorativas fundamentales, los derechos humanos”⁽⁷⁵⁾.

Entonces, debemos considerar la seguridad social desde el individuo, como derecho humano fundamental que aliente o haga posible el disfrute real y efectivo de todos los demás derechos.

(72) “La protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad” (art. 32.2).

(73) Documento presentado en el Seminario Regional “El rol de los pisos de protección social en América Latina y el Caribe”, realizado en Lima-Perú, el 26 y 27 de agosto de 2013. Dicho documento se fundamenta en la adopción de junio de 2012 de la OIT de la Recomendación sobre los Pisos de Protección Social 2012 (Número 202). Esta norma es el fruto de un consenso construido al cabo de un decenio, a partir de la Campaña Mundial de la OIT sobre la Seguridad Social. Para ello se aprobaron una serie de investigaciones, consultas tripartitas en los planos mundial, regional y nacional; y de actividades con las agencias del Sistema de las Naciones Unidas, instituciones financieras internacionales y organizaciones de la sociedad civil.

(74) Helmut Schwarger, Pablo Casalf y Fabio Bertanou (coordinadores), OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014, 113 p.

(75) Ponencia oficial del profesor Bernard Baron Von Maydell de Alemania, XV Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Buenos Aires-Argentina, setiembre de 1997.

Este concepto tiene tres aspectos importantes: primero, los derechos humanos pueden resultar barreras para el desmantelamiento de la seguridad social, en tanto están garantizados constitucionalmente. Segundo, los derechos humanos pueden adquirir importancia para la reglamentación del orden social, como protección frente al abuso y arbitrariedad del Estado. Y tercero, se plantea la distinción de los derechos fundamentales sociales de otros derechos humanos en que exigen una actuación al Estado. Por lo tanto, por regla general el Estado debe concretarlos en la legislación. Es una cuestión de efectividad, no de jerarquía de los derechos sociales, ya que la calidad de los derechos humanos no se está poniendo en duda.

Por este motivo, el enfoque de los derechos humanos entrega un marco conceptual que permite construir un enfoque de política social alternativo que se confronta con el viejo Estado, así como también con las visiones minimalistas de la acción del Estado o de focalización extrema a los marginales.

El reto entonces consiste en traducir los fundamentos éticos de los derechos humanos en instrumentos operacionales que otorguen factibilidad a nuestras posiciones en la difícil discusión sobre el futuro de la política social⁽⁷⁶⁾. Lo dicho implica establecer estrategias y construir viabilidades para resolver los graves problemas de cobertura e inequidades que enfrenta el tema previsional en América Latina y hacerlo con eficacia, eficiencia, sostenibilidad y equidad, que son los criterios típicos que hoy se plantea en las políticas sociales modernas.

Además, en todos los países de América Latina, en cada Constitución se reconoce expresamente el derecho a la seguridad social como garantía constitucional universal⁽⁷⁷⁾. Sin embargo, más allá de buenas intenciones, nunca se tuvo la universalidad en materia de derechos sociales⁽⁷⁸⁾; más bien se implantó el “ahorro forzoso” para obtener prestaciones y está normalmente asociado a un tramo, los trabajadores dependientes y del sector formal, y en ese sentido es un espejo del funcionamiento de los mercados laborales y la política social.

(76) La seguridad social es inseparable del derecho a la vida. Es decir, ambos derechos gozan del consenso social a lo que se ha llegado a través de lo que Habermas llama el paradigma procedimental del Derecho (HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Ed. Trotta, Madrid, 1998).

(77) Podemos señalar algunas Constituciones: Argentina (1994), Bolivia (2009), Brasil (1988), Chile (1980), Colombia (1991), Cuba (1976), México (2009), Perú (1993), Uruguay (1967), Venezuela (1999).

(78) Sobre la crisis del Derecho como sistema de garantías en los países democráticos, ver el trabajo de FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Ed. Trotta, Madrid, 2001.

Por lo tanto, nunca se aplicó lo que formalmente se reconoce con una verdadera función redistributiva de la seguridad social, expresada en transferir recursos públicos en ejercicio solidario con aquellos que definitivamente no están en condiciones de ahorrar de alguna manera para enfrentar los riesgos sociales, pero que igualmente sobreviven y son parte de la sociedad.

VI. CONCLUSIÓN

Podemos señalar algunas ideas, a manera de conclusión, influenciado por “el espíritu del tiempo”⁽⁷⁹⁾:

Hemos tratado el paso histórico del estado de necesidad al EdB como el nacimiento de la seguridad social en Europa, producto de una política fiscal que ha permitido su financiamiento. Eso demuestra que es posible una política fiscal anclada en la justicia y solución de los problemas sociales. Es decir, los instrumentos de la política fiscal, que son el gasto público y los impuestos, deben no solo focalizarse en su función recaudatoria, en el caso de los impuestos, sino sobre todo en su función redistributiva.

También hemos reseñado los problemas centrales que enfrenta el seguro social en América Latina en cuanto a las insuficiencias como sistema contributivo y los intentos de un modelo privado que han llevado a problemas sociales de insatisfacción de los afiliados y beneficiarios, simplemente porque dicho modelo no es adecuado en los términos como se viene implementando, especialmente por los problemas que hemos señalado. Además, al no contar con seguridad social grandes sectores de la sociedad se encuentran en estado de necesidad y vulnerables a cualquier riesgo.

Existe necesidad del paso del estado de necesidad al EdB en América Latina a través de la seguridad social, mediante la acción determinante del Estado, sin que esta excluya la iniciativa privada y la participación organizada de los agentes económicos y sociales. Y esta alternativa como vía posible debe surgir de una nueva ecuación entre la planificación y el mercado, a partir de un marco estructural que consagre el ámbito de la competencia

(79) Traducción de la expresión alemana *Zeitgeist*, muy utilizada por los profesores y los sociólogos, que no es otra cosa que la empatía con la coyuntura, buscando atrapar eufemísticamente el espíritu del tiempo.

del Estado, para enfrentar con éxito los problemas reseñados en este trabajo e implementar la seguridad social.

Creemos que de esta manera se puede avanzar en América Latina en la construcción de una sociedad que haga compatible el crecimiento económico y el desarrollo con equidad social.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALSINE, Eric. "Les impacts de la technologie sur l'organisation". Sociologie du Travail, 3, Paris, 1990.

ARTILES, Antonio Martín. *Flexibilidad y relaciones laborales*. CES, Madrid, 1995.

BANCO DE ESPAÑA. *Informe Anual*. Servicio de Estudios de Madrid.

BANCO MUNDIAL. *Informe sobre el envejecimiento sin crisis*. Washington, 1994. *Informe sobre el desarrollo mundial*. Washington.1995.

Banco Central de Reserva del Perú.

Informe sobre los regímenes de pensiones a cargo del Estado, Sub gerencia del Sector Público, Departamento de análisis del Sector Público, 14 de julio de 2004.

Banco Interamericano de Desarrollo.

Desarrollo más allá de la economía. *Informe del Progreso Económico y Social en América Latina*, Washington D.C., 2000.

BELL, Daniel. *El advenimiento de la sociedad postindustrial*. Alianza Universidad, Madrid, 1996.

BERTRANOU, Fabio; SOLORIO, C. y VAN GINNEKEN, W. (eds.). *Pensiones no contributivas y asistenciales: Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay*. Santiago de Chile. OIT para el Cono Sur de América Latina, 2003.

BERTRANOU, Fabio (coord.), *Envejecimiento, empleo y protección social en América Latina*. Chile. OIT para el Cono Sur de América Latina, 2006.

BOYER, Robert. *La flexibilidad del trabajo en Europa*. Ed. Ministerio de Trabajo de España, Madrid, 1996.

BORON, Atilio (compilador). *Tiempos violentos: neoliberalismo, globalización y desigualdad en América Latina*. Ed. Clacso, Buenos Aires, 2004.

BUSTOS, Raúl. "Reforma de los Sistemas de Pensiones: peligros de los programas en América Latina". En: *Revista de Estudios Públicos*. N° 58, 1995.

CALVEZ, Jean Yves. *Nécessité du Travail: disparation d'une valeur ou rédefinition*. Les Editions de l'atelier, Paris, 1997.

Constituciones políticas de diferentes países de América Latina.

CASTELLS, Manuel. *La Galaxia Internet*. Ed. Areté, Barcelona, 2001.

CEPAL. *Panorama Social de América Latina*. Santiago de Chile, 1998. Equidad, Desarrollo y Ciudadanía, Santiago de Chile, 2000.

COUGNOUD, Benoit. *L'univers des risques en finance: un équilibre en devenir*. Preses de Sciences, París, 2007.

DELCOURT, Héléne. *Droit Social*. Cardjin Louvain -la-Neuve, 2014-2015, Bélgica.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Ed. Trotta, Madrid, 2001.

FLEURY, Sonia. *Estado sin ciudadanos*. Ed. Lugar S.A., Buenos Aires, 1997.

GAMARRA RONDINEL, Ana. "Hacia una tributación compasiva". En: *Revista Páginas*. Ed. CEP. Lima, agosto, 2014.

GONZALO GONZALES, Bernardo. *Introducción al Derecho Internacional Español en Seguridad Social*. CES, Madrid, 1994.

GORZ, André. *Métamorphoses du Travail*. Ed. Galilée, Paris, 1988.

GUILLERMO V. Alonso. *Política y seguridad en Argentina de los 90*. Edición Miño y Dávila, Madrid, 2000.

HABERMANS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Ed. Trotta, Madrid, 1998.

HAYEK, Fréedrich. *Los fundamentos de la libertad*. Unión editorial, Madrid, 1998.

HUERTA DE SOTO, Jesús. *Estudios de Economía política*. Unión Editorial, Madrid, 2004.

IGUÍÑIZ ECHEVARRÍA, Javier. *Desarrollo, libertad y liberación*". En: *Amartya Sen y Gustavo Gutiérrez*. CEP - IBC, Lima, 2003.

INEI, Encuesta de Distribución Salarial (Metodología y principales resultados), Madrid.

JIMÉNEZ, Luís Felipe y CUADROS, Jessica. *Evaluación de las reformas a los sistemas de pensiones: Cuatro aspectos críticos y sugerencias de política*. CEPAL, serie Financiamiento del Desarrollo 131.

MARKEY, Laurence. *Droit Social*, Université Louvain-la-Neuve, Bélgica, 2014.

MESA - LAGO, Carmelo y BERTRANOU, Fabio. *Manual de economía de la seguridad social*. Edición CLAEH, Montevideo, 1998.

“Un reto de Iberoamérica en el siglo XXI: La extensión de la cobertura de la seguridad social”. En: *América Latina Hoy* N° 48 (67-81).

Ministerio de Economía y Finanzas. *Los sistemas de pensiones en el Perú*. Lima, mayo de 2004.

MOLINA, Carlos Gerardo. *Gasto público social*. BID, Washington D.C., 2000.

MORENO DE TORO, Carmen. *La Prestación de Jubilación y sus vicisitudes, Ediciones Laborum*, Murcia, 2006.

NAVARRO VICENC, Juan Torres y GARZÓN, Alberto, *Hay alternativas, propuestas para crear empleo y bienestar en España*. Ed. Sequitur, Madrid, 2011.

NORTH, Douglas. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

OIT, “Para recuperarse de la crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo” (98ª Conferencia Internacional del Trabajo), Ginebra, OIT, 2009. World Social Security Report 2010-11, Ginebra, 2010.

PIKETTY, Thomas. *Le capital au XXI siècle*, Editions du Seuil, 2013.

ROSAVALLON, Pierre. *La nouvelle question sociale, repenser l'état-providence*. Editions du Seuil, París, 1995.

SAGÜES, Nestor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001.

SCHWARGER, Helmut; CASALÍ, Pablo y BERTRANOU, Fabio (coordinadores). *La Estrategia de Desarrollo de los Sistemas de Seguridad Social de la OIT, el papel de los pisos de protección social en América Latina y el Caribe*. OIT, 2014.

SEN, Amartya. *Desarrollo y libertad*. Editorial Planeta, Buenos Aires, 2000.

SMITH, Adam. *The wealth of Nations*. London, 1776.

STIGLITZ, Joseph. *La economía del Sector Público*. 2ª edición, Universitat Pompeu Fabra, Antoni Bosch Editor, 1998.

EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

Álvaro Vidal Bermúdez⁽¹⁾

I. ANTECEDENTES Y MARCO CONSTITUCIONAL

La Constitución peruana de 1993 reconoce un modelo de Estado democrático y social de Derecho (art. 43) así como el desarrollo de una economía social de mercado. Según 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” (art. 58).

Es consustancial a nuestro modelo constitucional el reconocimiento de un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos “de igualdad” requieren de la actuación estatal para su concreción y buscan generar las condiciones necesarias para promover un mayor desarrollo humano.

El fundamento humanista e igualitario de una democracia social está reconocido de manera privilegiada en la Constitución peruana cuando en su primer artículo señala que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”, y a continuación

(1) Profesor de Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

consagra que toda persona tiene derecho “a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”.

El derecho a la seguridad social fue reconocido al máximo nivel normativo por primera vez en el Perú mediante la Constitución de 1979⁽²⁾, la que estableció un modelo tripartito de financiamiento y gestión (trabajadores, empleadores y Estado), indicó expresamente las contingencias cubiertas y permitió la actuación de entidades privadas de manera complementaria.

CUADRO N° 1		
PRINCIPALES DIFERENCIAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993		
	Constitución 1979	Constitución 1993
Cobertura	El estado garantiza el derecho de todos a la seguridad social. La Ley regula acceso progresivo	El estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social.
Prestaciones	Contingencias cubiertas: enfermedad, invalidez, desempleo, accidente, vejez, muerte, viudez, orfandad y otras susceptibles de ser amparadas por ley.	Protección frente a las contingencias que precise la ley.
Financiamiento	Tripartito. Intangibilidad de fondos.	Fondos y reservas de la seguridad social son intangibles. Se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley.
Gestión	Institución autónoma y descentralizada. Gestión tripartita.	El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

Fuente: Elaboración propia.

La Constitución de 1993 dispone que: “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” (art. 10).

La Constitución peruana establece que el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas,

(2) La Constitución de 1933 desarrolló algunas disposiciones vinculadas con la previsión privada y pública que no llegan a conformar un sistema de seguro social y menos aún de seguridad social. La referida Constitución remitía a la ley el establecimiento de “un régimen de previsión de las consecuencias económicas de la desocupación, edad, enfermedad, invalidez y muerte”, debiendo fomentar las instituciones de solidaridad social, los establecimientos de ahorros y de seguros, y las cooperativas (artículo 48).

privadas o mixtas, y supervisa su eficaz funcionamiento (art. 11). El texto constitucional ante una primera lectura pareciera bastante amplio permitiendo distintos modelos de protección social, sin embargo, teniendo en cuenta los fundamentos de la seguridad social, aun cuando se permite la coexistencia de gestores privados, públicos y mixtos, el Estado tiene un rol de garante.

El Tribunal Constitucional peruano ha definido a la seguridad social como la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Esta se concreta en un complejo normativo estructurado 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 o asistencial, “regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no solo del mantenimiento, sino en la elevación de la calidad de vida” (Sentencia recaída en el Exp. N° 1417-2005-AA/TC).

El reconocimiento que hace el Tribunal Constitucional de los principios de universalidad y solidaridad, constituye un mandato a los poderes públicos con el objeto de elevar la calidad de vida de la población y la protección frente a las contingencias sociales mediante mecanismos redistributivos.

II. INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE SEGURIDAD SOCIAL EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

La Constitución Política peruana dispone en su artículo 55 la incorporación directa de los instrumentos internacionales en el ordenamiento jurídico peruano, mientras que su artículo 3 señala que la enumeración de los derechos establecidos en el capítulo de derechos fundamentales “no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre”.

Por ello, como ha sido destacado por la doctrina jurídica nacional el artículo 3 de la Constitución peruana constituye una cláusula de reconocimiento de derechos implícitos que conduce a otorgarles rango constitucional⁽³⁾.

(3) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Los tratados sobre derechos humanos y sus interpretaciones como parte de bloque de constitucionalidad”. En: *Temas centrales del Derechos del Trabajo en el Siglo XXI*. Ara Editores, p. 78.

Por otro lado, la Cuarta Disposición Final de la Constitución establece que las normas relativas a los derechos que ella reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (cláusula interpretativa).

El Estado peruano ha ratificado una serie de tratados internacionales que reconocen el derecho a la seguridad social, entre ellos el Convenio 102 de la OIT (norma mínima de seguridad social). La cláusula constitucional de derechos implícitos debería conducir a considerar estos tratados y en particular el Convenio 102 (en las partes y términos ratificados) como parte del bloque de constitucionalidad y, en consecuencia, determinar su eficacia inmediata. Sin embargo, existen sentencias del Tribunal Constitucional referidas a derechos económicos, sociales y culturales que hacen referencia únicamente a la cláusula interpretativa y con ello devalúan la aplicación directa de las normas de origen internacional que regulan derechos humanos (entre ellos el derecho a la seguridad social).

Al respecto, la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) en su informe correspondiente al año 2009⁽⁴⁾ ha señalado que aun cuando una decisión del Tribunal Constitucional peruano reconoce que los tratados internacionales relativos a derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, no parece incluir los principios mínimos garantizados por el Convenio 102 en el contenido esencial del derecho a la seguridad social (Decisión N° 1417-2005-PA/TC del 8 de julio de 2005).

Así, señala que esta decisión parece privar al derecho a la seguridad social del contenido concreto garantizado por el Convenio 102. Por ello manifiesta que “el reconocimiento de los principios básicos garantizados por los convenios de la seguridad social de la OIT contribuiría eficazmente a la puesta en práctica en el Perú de un Estado de Derecho basado en la solidaridad, la gobernanza participativa y el reconocimiento de mínimos sociales”.

La ratificación del Convenio 102 OIT conlleva obligaciones para los Estados respecto de cobertura mínima del sistema de seguridad social, calidad

(4) Informe de la CEACR sobre informaciones y memorias comunicadas por los Estados respecto de la aplicación de convenios y recomendaciones. 80ª Reunión de la CEACR. Ginebra, del 26 de noviembre al 11 de diciembre de 2009. Publicado por Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 2010, p. 820.

y cuantía de las prestaciones, financiamiento solidario y eficiencia en la administración. Por ello, los informes de la CEACR constituyen importantes parámetros de seguimiento.

III. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN TRATADOS INTERNACIONALES

El derecho a la seguridad social ha sido reconocido por los más importantes instrumentos internacionales de derechos humanos de alcance universal y regional. En primer lugar analizaremos los tratados de alcance global y luego los de ámbito regional aplicables al Perú.

1. Tratados de ámbito universal

La seguridad social ha sido reconocida por la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDDHH), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 y obliga al Perú por formar parte de esta organización.

El artículo 22 de la DUDDHH señala que toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

El artículo 25, numeral primero de la misma declaración señala que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. Se reconoce el derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de medios de subsistencia por circunstancias independientes de la voluntad.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales ratificado por el Perú el 28 de abril de 1978 señala en su artículo 9 que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

2. Convenios de ámbito regional

En el ámbito regional la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de 1948 señala en su artículo XVI que: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador adoptado el 17 de noviembre de 1988 y ratificado por el Perú señala en su artículo 9.1 que toda persona tiene derecho “a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa”. Señala que en caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

El artículo 9.2 del referido instrumento internacional indica que cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

El artículo 10 señala que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar determinadas medidas para garantizar este derecho, como atención primaria en salud, prevención y tratamiento de enfermedades, satisfacción de necesidades de salud, entre otros.

En el ámbito sub regional, el Convenio Simón Rodríguez regula los aspectos socio-laborales de la Comunidad Andina de Naciones (CAN). Si bien no desarrolla el reconocimiento de derechos sustanciales diseña la estructura orgánica del Convenio, así como sus objetivos y competencias. El Convenio Simón Rodríguez en su versión original fue firmado por los países miembros en 1973 y su Protocolo en 1976. El Convenio es definido como el foro de debate, participación y coordinación para los temas sociolaborales de la Comunidad Andina y forma parte del Sistema Andino de Integración.

El 24 de junio de 2001, el Convenio Simón Rodríguez y su Protocolo fueron reemplazados por un Protocolo Sustitutorio. Entre las motivaciones para elaborar un Protocolo Sustitutorio se consideraron dar un mayor impulso a la coordinación de políticas en asuntos sociolaborales, orientarlos dentro de un marco de acción subregional concertada y, establecer una base institucional que permita contribuir efectivamente con el desarrollo de los asuntos sociolaborales en el marco del Sistema Andino de Integración.

El 7 de mayo de 2004, en la ciudad de Guayaquil (Ecuador), fue aprobado el Instrumento Andino de Seguridad Social mediante la Decisión 583 (que reemplazo a la Decisión 546) con la finalidad de garantizar una adecuada protección social de los migrantes laborales y sus beneficiarios para que, a consecuencia de la migración, no vean mermados sus derechos sociales.

Como se puede observar la mayoría de tratados internacionales sobre derechos humanos reconoce la universalidad del derecho a la seguridad social (derecho de la persona, de los miembros de la sociedad o de todo ciudadano). Respecto del alcance protector se manifiesta una tendencia hacia una cobertura amplia e integral. Finalmente, se debe de destacar que la mayoría de los tratados inciden en la responsabilidad estatal para lograr niveles de protección adecuados teniendo en cuenta su organización y recursos.

IV. EL CONVENIO 102 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (NORMA MÍNIMA DE SEGURIDAD SOCIAL)

1. Análisis e importancia del Convenio 102

El Convenio 102 (Norma Mínima de Seguridad Social) fue adoptado por la Asamblea General de la OIT el 28 de junio de 1952. En la evolución de la normativa internacional y en particular de la normativa de la OIT determino el paso del concepto de “seguro social” a la idea más universal de “seguridad social”, hecho que ha sido considerado como el paso de las normas de primera generación a las de segunda generación.

Comprender la importancia del Convenio 102 requiere tener en cuenta sus antecedentes para contextualizarlo, y luego analizar su estructura, contenido e influencia en la normativa internacional, así como el desarrollo de las normativas nacionales. A continuación hacemos una breve reseña de los antecedentes de este convenio para luego analizar su diseño e influencia internacional.

1.1. Antecedentes

El Preámbulo de la Constitución de la OIT (1919) reconoce la necesidad de mejorar las condiciones de los trabajadores en la lucha contra el desempleo, la protección de trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes de trabajo, y el acceso a las pensiones de vejez e invalidez, siendo función de la organización promover estos objetivos.

Es así que en las dos primeras décadas de existencia la OIT ya había adoptado 14 convenios y 11 recomendaciones en materia de seguridad social, generando una sólida corriente internacional de reconocimiento en el Derecho internacional. En el año 1941 se suscribe la Carta del Atlántico, en la cual se afirma la intención de colaboración entre las naciones en el campo económico con el objeto de que todas puedan tener mejores condiciones de trabajo, progreso económico y seguridad social.

En 1942 Lord Beveridge sistematizó el concepto de seguridad social, comprendiendo la cobertura universal de la población, prestaciones compatibles con la dignidad humana y la asistencia social para quienes no estuvieran protegidos por los seguros sociales.

Hacia 1944 frente a la tarea de reconstrucción de la posguerra la Declaración de Filadelfia encarga a la OIT la tarea de examinar cualquier programa o medida internacional de carácter económico y financiero, y velar por la condición de todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo⁽⁵⁾. Así propone una visión del orden mundial en el cual las políticas económicas, financieras y sociales debían aplicarse de forma integrada con la protección de la persona humana y la sociedad.

Con el objeto de dar cumplimiento a la Declaración de Filadelfia se adoptaron dos recomendaciones que combinaron el seguro social con la asistencia social y tuvieron un enfoque sistémico de la legislación. La Recomendación sobre la seguridad de los medios de vida (Recomendación 67 de 1944) y la Recomendación sobre la asistencia médica (Recomendación 69 de 1944). Ambas recomendaciones, desde una perspectiva de técnica normativa, han sido consideradas los antecedentes más relevantes a la adopción del

(5) OIT (2011) *La Seguridad Social y la primacía del Derecho*. Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa. Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión. 2011. Este estudio tiene el valor de ser el primer estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), sobre los instrumentos internacionales fundamentales de la seguridad social y constituye la fuente principal de presente nota técnica. En adelante denominaremos a este documento el “Estudio General”.

Convenio 102, en tanto se caracterizaron por reconocer una cobertura extensa, contener una alta coherencia interna y tener presentación sistematizada.

Como ha señalado el Estudio General, las Recomendaciones adoptadas en 1944 no se basaron principalmente en la experiencia sino que constituyeron esencialmente una visión prospectiva de las tendencias que iban a predominar en la política de seguridad social de la posguerra. “Fue uno de los pronósticos más acertados de toda la historia de la seguridad social, ya que su evolución ulterior en todas las regiones del mundo coincidió en gran medida con la trayectoria prevista de dichas Recomendaciones”⁽⁶⁾.

Estas Recomendaciones aportaron principios y objetivos que fueron y son la razón de ser de los sistemas de seguridad social: universalidad de la cobertura, solidaridad social, seguridad y regularidad del apoyo, función de control por las personas protegidas, y función primordial del Estado.

1.2. Estructura y contenido del Convenio 102

Luego de la adopción de las Recomendaciones 67 y 69 se consideró que estas serían el marco de referencia para el desarrollo de la seguridad social y con el tiempo se convertirían en convenios internacionales. El diseño de la normativa básica internacional en seguridad social se concibió originalmente como un sistema dual, es decir, dos instrumentos con un mismo objetivo. Por un lado, la “norma mínima” dirigida a los países en vía de desarrollo que quisieran contar con sus propios sistemas de seguridad social; por otro, una “norma avanzada” dirigida a los países que ya tenían un sistema nacional de seguridad social.

Se consideró que las disposiciones de la norma mínima no debían de ser menos favorables que las disposiciones de las normas de primera generación, permitiéndose la aplicación de excepciones temporales especialmente en lo referido al ámbito de aplicación de personas protegidas.

Sin embargo, las dificultades generadas en el debate de la “norma avanzada”, condujeron a que se dejara el diseño y adopción de esta normativa a una siguiente etapa. En este sentido, el convenio 102 (norma mínima) se constituyó en el marco de la segunda generación (sistemas de seguridad social), y la norma avanzada se aplazó para la adopción de normas de tercera generación (protección social).

(6) *Ibidem*, p. 19.

El Convenio 102 se compone de 87 artículos organizados en 15 partes. Constituyó la norma más extensa de seguridad social hasta el año 2006 en que se adoptó el Convenio sobre trabajo marítimo. En las partes II a X se regulan las disposiciones sobre normas mínimas respecto de nueve contingencias sociales: asistencia médica, enfermedad, desempleo, vejez, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, familiares a cargo, maternidad, invalidez y sobrevivientes.

Además de las disposiciones por cada rama de la seguridad social, contiene disposiciones comunes en las que se prevén opciones de ratificación y puesta en práctica del convenio (parte I), normas cuantitativas para los pagos periódicos (parte XI), normas sobre igualdad de trato a los residentes no nacionales (parte XII) y normas relativas a la suspensión de las prestaciones, al derecho de apelación, y a la financiación y administración de las prestaciones (parte XIII). La parte XIV contiene disposiciones diversas sobre determinados efectos del convenio, y la parte XV las disposiciones finales relativas a las ratificaciones y a la entrada en vigor.

El Departamento de Seguridad Social de la Oficina Internacional del Trabajo⁽⁷⁾ considera como característica principal del Convenio 102 que para cada contingencia se han fijado objetivos mínimos. En particular porcentajes mínimos de población protegida y niveles mínimos de prestaciones y condiciones para acceder a ellas. Estos objetivos mínimos deberán lograrse mediante la aplicación de los siguientes principios:

- Responsabilidad general del Estado (artículo 71, párrafo 3).
- Financiación colectiva de la seguridad social (artículo 71, párrafos 1 y 2).
- Garantía de las prestaciones definidas por el Estado (artículo 71, párrafo 3).
- Ajuste de las pensiones generadas (artículo 65, párrafo 10, y artículo 66, párrafo 8).
- Derecho de apelación en caso de denegatoria del derecho, calidad o cantidad (artículo 70).

(7) Departamento de Seguridad Social de la Oficina Internacional del Trabajo. Documento de Política de Seguridad Social N° 2. “Establecimiento de normas de seguridad social en una sociedad global. Análisis de la situación y de las prácticas actuales y de las opciones futuras para el establecimiento de normas de seguridad social globales en la Organización Internacional del Trabajo”. OIT, Ginebra, 2008, p. 11.

A continuación se desarrollan aquellos aspectos sustanciales más relevantes del convenio respecto del ámbito subjetivo (afiliación obligatoria), prestaciones y acceso (configuración mínima de cada rama), financiamiento y administración, y responsabilidad general del Estado.

Requisitos mínimos para la cobertura y para las tasas mínimas de prestaciones monetarias del Convenio 102⁽⁸⁾

CUADRO N° 2		
Ramas	Cobertura	Prestación S/.
Prestación de enfermedad	Al menos el 50 % ciento de todos los residentes; o la población económicamente activa, que constituya al menos el 20 % de todos los residentes; o todos los residentes con medios por debajo de un límite determinado.	45 ⁽ⁱ⁾
Prestación de desempleo	Al menos el 50 % de asalariados; o todos los residentes cuyos recursos no excedan de límites prescritos.	45
Prestación de vejez	Al menos el 50 % de todos los asalariados; o la población económicamente activa que constituya al menos el 20 por ciento de todos los residentes; o todos los residentes cuyos recursos no excedan de límites prescritos.	40
Prestación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales	Al menos el 50 % de todos los asalariados.	
• Corto plazo		50
• Invalidez		50
• Sobrevivientes		45
Prestación familiar	Al menos el 50 % de todos los asalariados; o al menos el 20 % de todos los residentes; o todos los residentes cuyos recursos no excedan de límites prescritos.	3 (o 1,5) ⁽ⁱⁱ⁾
Prestación de maternidad	Todas las mujeres de categorías prescritas que constituyan al menos el 50 % de todos los asalariados; o todas las mujeres de categorías prescritas de la población económicamente activa que constituyan al menos el 20% de todos los residentes.	45

(8) OIT (2008). Establecimiento de normas mínimas de seguridad social en una sociedad global. Análisis de la situación y práctica actuales y de las opciones futuras para el establecimiento de normas de seguridad social globales en la Organización Internacional del Trabajo. Oficina Internacional del Trabajo. Departamento de Seguridad Social. p. 11.

Prestación de invalidez	Al menos el 50 % de todos los asalariados; o la población económicamente activa que constituya al menos el 20 % de todos los residentes; o todos los residentes cuyos recursos no excedan de límites prescritos.	40
Prestación de sobrevivientes	Cónyuges e hijos de al menos el 50 % de todos los asalariados; o Cónyuges e hijos del sostén de familia de las categorías de la población económicamente activa que constituyan al menos 20 % de todos los residentes; o Todas las viudas residentes o hijos residentes cuyos recursos no excedan de límites prescritos.	40

- (i) Porcentaje del salario de referencia correspondiente; ya sea a las ganancias anteriores (prestaciones relacionadas con las ganancias), ya sea el salario de un trabajador de sexo masculino no calificado (prestaciones de tasa fija).
- (ii) Porcentaje del salario de referencia multiplicado por el número total de hijos de personas protegidas (de todos los residentes).

- **Afiliación obligatoria**

El Convenio exige que los Estados miembros establezcan en su legislación qué categorías de trabajadores asalariados o de la población económicamente activa quedarán comprendidas entre las personas protegidas en cada rama de la seguridad social. Como menciona el Estudio General, al argumento económico de la distribución de riesgos, se le sumó el argumento jurídico de condicionar el ejercicio de los derechos de seguridad social al cumplimiento de requisitos objetivos de afiliación, iguales para todos⁽⁹⁾.

El Cuadro 2 muestra los requisitos mínimos respecto de la cobertura subjetiva obligatoria determinada como un porcentaje de asalariados o un porcentaje de la población económicamente activa, según la rama de la seguridad social de que se trate.

El Convenio también dispone las condiciones según las cuales podría considerarse el establecimiento de un seguro voluntario con el fin de alcanzar el nivel de protección previsto para determinadas ramas de la seguridad social. Las condiciones exigidas para los seguros voluntarios son:

- Estar controlados por las autoridades públicas o administrados conjuntamente por empleadores y trabajadores.

(9) OIT (2011). p. 30.

- Cubrir una proporción importante de las personas cuyas ganancias no excedan de las de un trabajador calificado de sexo masculino.
- Cumplir, conjuntamente con las demás formas de protección, cuando fuere apropiado, las disposiciones aplicables del Convenio.
- Es importante destacar que la cobertura voluntaria no se acepta en ramas como los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, las prestaciones familiares y las prestaciones de maternidad, en los que solo corresponde la protección obligatoria.

- Ramas, prestaciones y acceso

Las partes II a X del convenio establecen las normas mínimas de protección de cada rama de la seguridad social. Cada una de estas partes se compone de 6 artículos, el primero de los cuales establece la obligación del Estado miembro de garantizar a las personas protegidas las prestaciones correspondientes; en los cinco artículos siguientes se detallan los parámetros cualitativos y cuantitativos que configuran mínimamente cada rama, a saber:

- La definición de la contingencia.
- Las personas protegidas.
- El tipo y monto de las prestaciones.
- La duración del periodo de calificación.
- La duración de la prestación y periodo de espera.
- La vinculación entre los parámetros antes indicados, la determinación del tipo de régimen y la cuantía de las prestaciones se muestra en el Cuadro N° 2.

**Principales tipos de programas de seguridad social
contemplados en el Convenio 102⁽¹⁰⁾**

CUADRO N° 3				
Personas protegidas	Tipo de programa	Fuente de financiación	Tipo de prestación	Monto de la prestación
Asalariados	Seguro social obligatorio	Cotizaciones	En función del salario (artículo 65)	Por lo menos 40-45-50 por ciento del salario anterior del beneficiario
Población económicamente activa	Seguro social voluntario	Cotizaciones o impuestos	Cuantía uniforme (artículo 66)	Por los menos 40-45-50 por ciento del salario de referencia nacional.
Todos los residentes	Asistencia social basada en los derechos	Impuestos	En función del impuesto (artículo 67)	Monto mínimo establecido
	Regímenes universales	Impuestos	Cualquiera sea el monto	

El Convenio regula los casos en los que de manera excepcional se permite la suspensión de las prestaciones. Para ello tiene que existir una causal como por ejemplo, que reciba otra prestación o indemnización a cargo de un tercero; que la prestación se haya intentado obtener fraudulentamente; que la contingencia sea derivada de un delito; o que sea provocada intencionalmente por el propio asegurado.

La lista de supuestos de suspensión establecida en el convenio es taxativa y, en consecuencia, no pueden establecerse supuestos adicionales a los contemplados en el referido instrumento internacional.

Respecto del acceso a las prestaciones de la seguridad social, el Convenio reconoce el derecho de apelación en caso de denegación de una prestación o de reclamación respecto de su calidad o cantidad.

- Financiamiento colectivo

El Convenio permite distintos métodos de financiamiento de los sistemas de seguridad social a través de mecanismos de seguro social, asistencia social, o servicio público universal; siempre y cuando se respete el principio

(10) OIT (2011). p. 31.

de financiación colectiva. Según este principio el costo de las prestaciones así como los gastos de administración deben ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o impuestos, o ambos mecanismos a la vez.

Asimismo, establece que debe evitarse que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa, teniendo en cuenta la situación económica del Estado miembro y la de las categorías de personas protegidas.

Dispone el Convenio que el total de cotizaciones de seguro a cargo de los asalariados protegidos, no deberá exceder del 50 % del total de recursos destinados a la protección de los asalariados y de los cónyuges y de los hijos de estos. Para determinar si se cumple esta condición, todas las prestaciones suministradas por el Estado miembro, en aplicación del convenio, podrán ser consideradas en conjunto, a excepción de las prestaciones familiares y, en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, si estas últimas dependen de una rama especial.

La importancia del financiamiento colectivo y equitativo se manifestó durante los trabajos preparatorios del Convenio 102, en los cuales se señaló que:

“el problema principal relativo a los recursos financieros que debe considerarse en una reglamentación internacional parece ser el de la distribución apropiada de las responsabilidades financieras entre los asegurados, los empleadores y el Estado. (...) Forma parte esencial del concepto de la seguridad social que el riesgo considerado debe ser atendido mediante la arrogación colectiva de la carga financiera que representa el pago de prestaciones. Existen diversas combinaciones posibles, de cotizaciones o de impuestos, para llevar a cabo esta idea. La redacción del cuestionario no trata de contrariar estos conceptos, excepto que no permite las soluciones que impliquen recargar demasiado a las personas de escasos recursos. El cuestionario también sugiere la conveniencia de fijar un límite máximo a la participación de los asalariados, a fin de que por lo menos la mitad de los recursos de los sistemas de seguridad social se obtengan en forma más equitativa a través de las subvenciones estatales o de cotizaciones de los empleadores”⁽¹¹⁾.

(11) OIT (1950). Informe IV (1). pp. 134-136.

- **Responsabilidad general del Estado y gestión participativa**

El Convenio 102 establece que todo Estado miembro debe de asumir la responsabilidad general de las prestaciones concedidas en aplicación del convenio y adoptar todas las medidas necesarias para ese fin. Deberá garantizar, cuando fuere oportuno, que los estudios y cálculos actuariales necesarios relativos al equilibrio se establezcan periódicamente y, en todo caso, previamente a cualquier modificación de las prestaciones, de la tasa de las cotizaciones del seguro o de los impuestos destinados a cubrir las contingencias.

En caso la administración no esté confiada a una institución reglamentada por las autoridades públicas o a un departamento gubernamental responsable ante un parlamento, representantes de las personas protegidas deberán participar en la administración o estar asociadas a ella, con carácter consultivo, en las condiciones prescritas; la legislación nacional podrá prever, asimismo, la participación de representantes de los empleadores y de las autoridades públicas.

Al respecto se debe destacar lo señalado por la CEACR en el Estudio General, donde indica que si bien la responsabilidad del Estado es la regla en todos los casos, debe ser su complemento la gestión participativa de la seguridad social toda vez que la administración no se confíe a una institución reglamentada por las autoridades públicas o a un departamento gubernamental responsable ante un parlamento.

El principio de participación en la gestión de las instituciones de seguridad social se reconoce con respecto a los representantes de las personas protegidas, y no se limita únicamente a las personas con un empleo. La CEACR ha señalado, además, que el principio de gestión participativa ofrece una garantía adicional, para que la gestión de la seguridad social tenga lugar de manera sana y transparente, particularmente en el caso de los planes privados de seguro social⁽¹²⁾.

Ha señalado, además, que entre las principales formas institucionales de diálogo social en relación con la seguridad social cabe mencionar la constitución de órganos tripartitos encargados de las políticas económicas y sociales, la participación de representantes de las organizaciones de trabajadores y de empleadores en los órganos de gestión y consejos asesores de los

(12) OIT (2011). p. 252.

regímenes de seguridad social, así como el establecimiento y la regulación de programas complementarios mediante convenios colectivos.

1.3. Influencia en la normativa internacional

El Convenio 102 ha tenido una gran influencia en el reconocimiento y desarrollo de la seguridad social en el Derecho Internacional, tanto en instrumentos de ámbito universal como regional. Asimismo, ha sido fuente de inspiración para la regulación del derecho a la seguridad social en varias constituciones políticas y legislaciones internas a partir de la segunda década del siglo pasado.

Luego de que Suecia fuera el primer país en ratificar el Convenio 102 en 1953 y el Reino Unido el segundo en ratificarlo (1954), entró en vigor en 1955; los Estados Europeos miembros del Consejo de Europa, en el año 1964 incorporaron en el Código Europeo de Seguridad Social las normas mínimas consagradas en el Convenio 102.

La influencia en las constituciones políticas y normativa interna, se ha dado por dos vías. Una que llamaremos indirecta, en tanto instrumento de inspiración de la regulación constitucional o nacional sobre seguridad social. Y otra que denominaremos directa, mediante la ratificación del convenio y, en consecuencia, su integración como parte de la normativa interna del Estado miembro.

2. Estado de ratificación

El Convenio 102 entró en vigor el 27 de abril de 1955 y cuenta hasta la fecha con la ratificación de 47 países. La ratificación más reciente ha sido la de Uruguay (14 de octubre de 2010). Siete países han aceptado íntegramente las nueve ramas contenidas en el convenio (Alemania, Bélgica, Brasil, Libia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal). La rama más aceptada ha sido la de vejez (91 % de los Estados miembros). Mientras que las ramas menos aceptadas son las referidas a prestaciones familiares (54 %) y prestaciones por desempleo.

El promedio de ratificaciones ha sido de alrededor nueve ratificaciones por década, a excepción de los años 80 en los que solamente se realizaron tres ratificaciones y coincide con el periodo de ajuste estructural. Actualmente el convenio es objeto de examen para su ratificación por más de 15 Estados miembros.

El Convenio 102 fue ratificado por el Perú el 23 de agosto de 1961. Este convenio es el instrumento internacional ratificado por nuestro país de mayor importancia en materia de seguridad social, debido a que los demás

convenios son principalmente declarativos y generales, mientras que el convenio 102 combina su flexibilidad con condiciones mínimas de cobertura, calidad y cuantía de las prestaciones, así como criterios de gestión y financiamiento.

Como se ha mencionado el Convenio 102 permite una ratificación parcial pero establece que de manera obligatoria deberán aplicarse la parte general (parte I), las disposiciones sobre cálculo de pagos periódicos (parte XI), las normas sobre igualdad de trato a los residentes no nacionales (parte XII), las disposiciones comunes (parte XIII) y las disposiciones diversas (parte XIV). Las disposiciones comunes contienen importantes criterios sobre financiamiento, gestión y cumplimiento del convenio que tienen especial relevancia para nuestro país.

Respecto de las nueve partes del convenio referidas a prestaciones, es decir, asistencia médica (parte II), prestaciones monetarias por enfermedad (parte III), prestaciones por desempleo (parte IV), prestaciones por vejez (parte V), prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional (parte VI), prestaciones familiares (parte VII), prestaciones por maternidad (parte VIII), prestaciones por invalidez (parte IX) y prestaciones de sobrevivientes (parte X), el convenio requiere para su ratificación que el Estado miembro ratifique al menos tres partes que incluyan una de las partes IV, V, VI, IX y X.

De conformidad con lo antes indicado el Perú consideró como partes obligatorias en su ratificación las referidas a asistencia médica, prestaciones monetarias por enfermedad, prestaciones por vejez, prestaciones por maternidad y prestaciones por invalidez.

La adaptabilidad del convenio, además, se manifiesta en que contempla que los Estados cuyas economías y recursos estén insuficientemente desarrollados podrán acogerse “mediante una declaración anexa a su ratificación si las autoridades competentes lo desean, y durante todo el tiempo que lo consideren necesario a determinadas excepciones temporales” (artículo 3, primer párrafo). De esta manera el Perú se acogió a las excepciones temporales sobre cobertura y duración de las prestaciones médicas, prestaciones monetarias por enfermedad, prestaciones por vejez y prestaciones por maternidad.

Los Estados que hayan formulado una declaración de excepciones temporales deberán incluir en la memoria anual sobre aplicación del convenio (artículo 22 de la Constitución de la OIT) una declaración donde expongan las razones por las cuales continúan acogiéndose a ellas o de ser el caso la renuncia al acogimiento a partir de determinada fecha.

Como ya se mencionó la Constitución peruana dispone en su artículo 55 la incorporación directa de los instrumentos internacionales en el ordenamiento jurídico peruano, mientras que su artículo 3 señala que la enumeración de los derechos establecidos en el capítulo de derechos fundamentales “no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre” (cláusula de reconocimiento de derechos implícitos)

La ratificación del Convenio 102 OIT conlleva obligaciones para los Estados respecto de cobertura mínima del sistema de seguridad social, calidad y cuantía de las prestaciones, financiamiento solidario y eficiencia en la administración. Los informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) constituyen importantes parámetros de seguimiento.

La CEACR en su informe correspondiente al año 2009⁽¹³⁾ ha señalado que aun cuando una decisión del Tribunal Constitucional peruano reconoce que los tratados internacionales relativos a derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, no parece incluir los principios mínimos garantizados por el Convenio 102 en el contenido esencial del derecho a la seguridad social (Decisión 1417-2005 PATC del 8 de julio de 2005).

Esta decisión parece privar al derecho a la seguridad social del contenido concreto garantizado por el Convenio 102. Por ello manifiesta que “el reconocimiento de los principios básicos garantizados por los convenios de la seguridad social de la OIT contribuiría eficazmente a la puesta en práctica en el Perú de un Estado de Derecho basado en la solidaridad, la gobernanza participativa y el reconocimiento de mínimos sociales”.

Según la CEACR una manera de medir el impacto de la ratificación en la evolución de la legislación y las prácticas nacionales consiste en considerar los casos en que la Comisión de Expertos ha expresado su satisfacción o interés por los progresos observados en la aplicación de los convenios pertinentes. Desde 1964, en 40 casos los Estados miembros han adaptado su legislación y práctica nacionales para ajustarlas a las disposiciones del Convenio, siguiendo las recomendaciones de la Comisión, y en 82 casos esta ha tomado nota con interés de las medidas adoptadas.

(13) Informe de la CEACR sobre informaciones y memorias comunicadas por los Estados respecto de la aplicación de convenios y recomendaciones. 80ª Reunión de la CEACR. Ginebra, del 26 de noviembre al 11 de diciembre de 2009. Publicado por Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 2010, p. 820.

El Perú ha sido objeto de 4 muestras de satisfacción (años 1971, 1973, 1975 y 1982) y 4 casos de interés (años 1989, 1994, 2005 y 2007) por la CEACR.

3. Situación actual y observaciones de la CEACR OIT

El Estado peruano ha recibido observaciones de la CEACR de manera reiterada a causa del incumplimiento de las reglas mínimas y principios contenidos en el Convenio 102 de la OIT. Los años en que se adoptaron y publicaron estas observaciones han sido los siguientes:

- Adopción en 1994, publicación en 81^a Reunión del CIT de 1994.
- Adopción en 1995, publicación en 82^a Reunión del CIT de 1995.
- Adopción en 1996, publicación en 85^a Reunión del CIT de 1997.
- Adopción en 1997, publicación en 86^a Reunión del CIT de 1998.
- Adopción en 1998, publicación en 87^a Reunión del CIT de 1999.
- Adopción en 2000, publicación en 89^a Reunión del CIT de 2001.
- Adopción en 2001, publicación en 90^a Reunión del CIT de 2002.
- Adopción en 2002, publicación en 91^a Reunión del CIT de 2003.
- Adopción en 2004, publicación en 93^a Reunión del CIT de 2005.
- Adopción en 2006, publicación en 96^a Reunión del CIT de 2007.
- Adopción en 2009, publicación en 99^a Reunión del CIT de 2010.
- Adopción en 2011, publicación en 101^a Reunión del CIT de 2012.

Las observaciones más reiteradas han incidido en destacar que los diferentes componentes del Sistema de Seguridad Social peruano no cumplen con los principios comunes de los convenios internacionales de seguridad social como i) la financiación colectiva de las prestaciones; ii) la gestión democrática y transparente de las instituciones de la seguridad social; iii) el abono de las prestaciones durante toda la contingencia; y, iv) la garantía de una tasa mínima de prestaciones.

Al respecto uno de los informe más reciente de observaciones y recomendaciones de la CEACR (2011), se ha pronunciado sobre los principios básicos establecidos en los convenios internacionales, el mejoramiento del funcionamiento del sistema público de pensiones, la lucha contra la evasión de la obligación de afiliación al sistema de la seguridad social, y las medidas

a favor de las micro y pequeñas empresas. Los aspectos más importantes sobre el nivel de cumplimiento de los principios básicos de la seguridad social son los siguientes:

- **Principio de la financiación colectiva de la seguridad social**

Como se ha señalado este principio prevé que el costo de las prestaciones y los gastos de su administración deberán financiarse colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos (párrafo 1 del artículo 71 del Convenio), de manera que el total de cotizaciones a cargo de los asalariados protegidos no deberá exceder del 50 % del total de recursos destinados a la protección de los asalariados (párrafo 2 del artículo 71).

La CEACR señala que en contraposición a este principio, en el Sistema Privado de Pensiones (SPP) del Perú solo los asegurados contribuyen a las cuentas individuales de capitalización y a la financiación de las primas del seguro de vejez, invalidez y de sobrevivientes, y los gastos de administración solo están a cargo de los trabajadores afiliados a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).

- **Principio de administración democrática del sistema de seguridad social**

Este principio presupone que, cuando la administración del sistema de seguridad social no esté garantizada por una institución reglamentada por las autoridades públicas o por un departamento gubernamental responsable ante el Parlamento, los representantes de las personas protegidas deben participar en su administración o estar asociadas a ella, con carácter consultivo (párrafo 1 del artículo 72 del Convenio).

La CEACR observa que en el SPP no existe la posibilidad de que los afiliados participen en la gestión de las AFP. En su memoria de 2010, el Gobierno había indicado que tenía la intención de examinar la posibilidad de crear un consejo de vigilancia en el que participarían representantes de los afiliados al SPP, tomando como ejemplo el Consejo de Vigilancia previsto en el Decreto Legislativo N° 862 relativo a los fondos de inversión y sus sociedades administradoras, y que podría recoger información de las AFP sobre la administración de los fondos de pensiones. Lamentablemente, en la memoria de 2011, el Gobierno no ha informado de ningún progreso realizado en la incorporación de representantes de los afiliados en la administración de las AFP, al menos, con carácter consultivo

En lo que respecta a la participación de las personas protegidas en la administración de los seguros de salud la situación se asemeja a lo que ocurre en el ámbito de la participación de los beneficiarios en el SNP.

Así, la CEACR solicita al Gobierno que tenga a bien estudiar la posibilidad de establecer en el seno de las EPS privadas, IPRESS o las compañías de seguros privados de salud, un mecanismo mediante el cual los representantes de los asegurados puedan participar en la administración de dichas empresas o estar asociados a ellas, con carácter consultivo, sin perjuicio de los mecanismos de vigilancia ciudadana que los gobiernos regionales o locales puedan implantar oportunamente, para así armonizar su legislación con el párrafo 1 del artículo 72 del Convenio.

- **Principio de garantía de prestaciones mínimas**

La CEACR recuerda que el establecimiento de programas de pensiones mínimas garantizadas debería ir acompañado de la determinación de un umbral de pobreza o de un mínimo de subsistencia así como del aumento de las pensiones mínimas por encima de este parámetro.

Por ello, expresa su preocupación por el hecho de que los regímenes de seguridad social, que han sido naturalmente concebidos para proporcionar prestaciones adecuadas, se hayan desvirtuado, en muchos países en desarrollo, hasta el punto de que el nivel de las prestaciones que se brindan está por debajo del umbral de pobreza, pudiéndose considerar, en esos casos, que el Estado no cumple con sus responsabilidades

La CEACR pide al Gobierno que tenga a bien informarle en su próxima memoria las medidas que prevé adoptar para hacer extensivo el programa Pensión 65 a todas las regiones del país así como los pormenores de su implantación y los progresos que se vayan realizando en esa esfera.

Por otro lado, el Gobierno confirma en su memoria de 2011 que en el SPP no se garantiza una tasa de reemplazo. En cambio, en el ámbito del SNP, el pago de las pensiones está asegurado y garantizado por la ONP, el Fondo Consolidado de Reservas Previsionales y el Estado Nacional a través de la transferencia de recursos ordinarios del Tesoro Público. Sin embargo, la Central Unitaria de Trabajadores del Perú (CUT) señala que el monto de las pensiones que se pagan no alcanza el umbral mínimo establecido en el Convenio 102 para que puedan sustituir el salario. Por consiguiente, la CEACR pide al Gobierno tenga a bien informarle cuál es el monto mínimo de cada

modalidad de pensión reseñada en comparación con los mínimos establecidos en el Convenio y que precise la manera en que dichos montos se actualizan.

- **Principio de otorgamiento de prestaciones durante toda la contingencia**

Las prestaciones de vejez gestionadas en el marco del sistema de gestión privada se calculan sobre la base del capital del que dispone cada asegurado en su cuenta individual de capitalización. Cuando se agota el capital acumulado en una cuenta, el derecho a una pensión puede dejar de existir y el asegurado que superase la esperanza de vida promedio podría quedarse sin su única fuente de ingresos (modalidad de retiro programado del SPP). La CEACR señala que una situación semejante no se ajusta al principio establecido por los convenios internacionales según el cual las prestaciones deben pagarse durante toda la contingencia, garantizando una tasa mínima.

LA REFORMA DE 2008. ¿UNA VERDADERA REFORMA PREVISIONAL AL SISTEMA CHILENO?

Gabriela Lanata Fuenzalida⁽¹⁾

I. RESUMEN

El presente artículo expone las principales modificaciones introducidas al denominado Nuevo Sistema de Pensiones chileno por la Ley N° 20.255, del año 2008, normativa que de alguna forma provocó la sensación en el país de reformas sustanciales que conducirían a cambios radicales en su estructura misma. Mediante esta exposición queda en evidencia que ni se pretendió ni se estableció una modificación en esencia al Sistema, como pudo haberse esperado o creído, sino que introdujo importantes adecuaciones y mejoras que si bien se estiman como positivas, no hacen sino legitimarlo una vez más. Se resalta, entre ellas, la incorporación obligatoria de los trabajadores independientes, medidas de equidad de género y otras que buscan mejorar la cobertura del sistema, que permiten afirmar que no hacen sino perfeccionar los tres pilares en los que este se sustenta, esto es, el pilar solidario, el pilar contributivo obligatorio y el pilar voluntario.

Palabras clave: reforma previsional; pilar solidario; pilar voluntario; pilar contributivo.

(1) Abogada y docente de la Universidad de Concepción, Chile.

II. INTRODUCCIÓN

En forma similar a lo que ocurrió en diversos aspectos de la realidad chilena, el Gobierno Militar dirigido por Augusto Pinochet Ugarte introdujo importantísimas reformas en materia de Seguridad Social, las que en realidad van mucho más allá de constituir solo la reforma a un sistema de pensiones, aun cuando es esta la que más renombre ha tenido dada las consecuencias sociales, económicas y culturales que, sin duda, ha presentado para todos los habitantes del país.

El sistema instaurado constituyó la respuesta a las numerosas críticas de que habían sido objeto los regímenes existentes⁽²⁾. Ya pasados más de treinta años resulta interesante recordar cuáles fueron precisamente las intenciones de introducir estas profundas reformas, cuestión esencial a la hora de efectuar cualquier análisis crítico al funcionamiento del nuevo esquema implantado a partir de 1980 caracterizado, principalmente, por los cambios de paradigmas y la puesta en duda del real rol de los principios propios de la seguridad social, lo que se tradujo en el realce del rol de la administración privada de los sistemas y, por sobre todo, en la introducción de elementos de clara connotación económica en los mismos, lo que, en cierta forma, nos ha llevado a sentir que al efectuar aportes a los administradores de las prestaciones de seguridad social lo hacemos en vistas de la realización de un buen negocio, más que pensando en la cobertura de un estado de necesidad provocado por un riesgo social, cuestión llevada a extremos en materia de protección a los riesgos de enfermedad, invalidez y vejez, por un lado, y a la enfermedad común, por el otro.

Sin embargo, en la actualidad se ha comenzado a constatar que no solo no se estaba frente a un buen negocio, sino que, por ejemplo, el sistema privado de salud ha exigido un esfuerzo económico importante para acceder a prestaciones que no siempre dan respuesta a las necesidades en cuya solución se pensó cuando fue creado. El sistema de pensiones, por su parte, parece haber entregado prestaciones de montos muy bajos y cuyas tasas de reemplazo han provocado descontentos sistemáticos en la población⁽³⁾, lo que

(2) Sobre la exposición de las críticas al denominado Sistema Antiguo puede verse LANATA FUENZALIDA, Ruth. *Manual de Legislación Previsional*. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Santiago, Chile, 2001, pp. 57 a 82.

(3) Según datos oficiales, el monto promedio de las pensiones por vejez pagadas por las AFP en junio de 2014 era de US\$ 388 para los varones y de US\$ 340 para las mujeres. El Instituto de Previsión Social para la misma época informó de montos promedio de pensiones de US\$ 418 y 306, respectivamente.

ha llevado a dudar seriamente sobre las bondades absolutas del sistema y sobre la necesidad de introducir reformas estructurales más allá de las simples adecuaciones efectuadas hasta el momento.

No se trata solamente de la obtención de bajas rentabilidades, que no ha sido el caso⁽⁴⁾, ni tampoco del cobro de comisiones excesivas por parte de las administradoras del sistema (AFP), sino de elementos del diseño mismo que deben ser revisados.

Teniendo presente estas consideraciones es que el año 2008 se dicta la Ley N° 20.255⁽⁵⁾ cuyo objetivo fue, según se señaló en el respectivo mensaje presidencial “(...) que las personas tengan ingresos más seguros durante la vejez, para así vivir dignamente. Al final de su vida laboral, las chilenas y chilenos ya no sentirán el temor de no saber con qué ingresos contarán para cubrir sus gastos. Lo anterior considera, por un lado, perfeccionar el actual sistema de capitalización individual, y por otro, complementarlo con un Sistema de Pensiones Solidarias que cubra a quienes, por diversas razones, no logran ahorrar lo suficiente para financiar una pensión digna”⁽⁶⁾.

Como se aprecia, desde los inicios de su tramitación se indicó que lo que se pretendía era el perfeccionamiento del sistema privado ya existente, no obstante lo cual fue presentada al país como una gran reforma denominada incluso como una reforma previsional de segunda generación⁽⁷⁾. El acento se puso, sin embargo, más bien en aspectos asistenciales, fortaleciendo la intervención estatal a través del aumento del gasto público, sin que se produjesen reformas propiamente previsionales en la esencia misma del sistema. Es decir, se mantuvo como régimen de pensiones previsional general y obligatorio de capitalización individual, administrado por entidades

En: <<http://www.spensiones.cl/apps/boletinEstadistico/estscai/estscai.php?html=m00&tipo=mensual&periodo=MjAxNDA2LDIxNw==&formato=html>> y file:///C:/Users/Ruth%20Lanata/Downloads/PP_TS_NS-022011.pdf>, respectivamente. Consultado el 26 de noviembre de 2014.

(4) La percepción de montos bajos de pensiones parece percibirse de manera negativa, porque normalmente las comparaciones se efectúan con las últimas remuneraciones obtenidas y no necesariamente con aquellas que corresponden a las remuneraciones imponibles o a las de los primeros años de cotización.

En: <http://www.senado.cl/prontus_senado/site/artic/20130508/asocfile/20130508192141/ksh_sobre_sistema_pensiones_chileseminario_senado_9_mayo_2013.pdf>. Consultado el 26 de noviembre de 2014.

(5) Publicada en el Diario Oficial de 17 de marzo de 2008.

(6) Historia de la Ley N° 20.255, p. 11. En: file:///C:/Users/usuario/Downloads/HL20255.pdf. Consultado el 20 de noviembre de 2014.

(7) *Superintendencia de Pensiones. Chile 2008: Una reforma previsional de segunda generación*. Berstein, Solange; Castañeda, Pablo; Fajnzylber Eduardo; Reyes, Gonzalo (editores). Santiago, Chile, octubre de 2009.

privadas que persiguen fines de lucro⁽⁸⁾. El pretendido nuevo pilar solidario implica una importante modificación a lo ya existente, pero en realidad desde sus comienzos se consultó el aporte complementario estatal, por lo que también puede sostenerse que la reforma constituye solo la introducción de mejoras en lo ya existente.

Antes de entrar en mayores detalles, debe tenerse presente que en Chile se ha evolucionado de los sistemas de seguros sociales parcializados ya sea por riesgo o por beneficiario, para llegar a pensar en un sistema integral, universal y uniforme de seguridad social, que combina los esfuerzos contributivos del propio afiliado a través de sistemas propiamente previsionales y contributivos y los del Estado, concretizados por medio de importantes aportes fiscales.

Bajo el programa original y de forma previa a las reformas del año 1980, la cobertura del sistema no era de alcance nacional, sino que se dividía otorgando protección en consideración a los oficios o empleos, llegando a existir más de 50 instituciones de previsión sujetas a leyes orgánicas distintas que otorgaban beneficios también distintos y bajo la condición del cumplimiento de requisitos con diferente grado de exigencia. En 1980 existían 32 instituciones previsionales, si bien el 95 % de los imponentes cotizaba solo en tres: en el Servicio de Seguro Social (65 %), en la Caja de Previsión de Empleados Particulares (18 %) y en la Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas. En estas 32 “cajas” se podían distinguir y subdistinguir hasta 100 regímenes previsionales diferentes, algunos de los cuales conducían a situaciones realmente privilegiadas y, además contaban, en algunos casos, con menos de 100 afiliados⁽⁹⁾. Se sostenía que las mejores jubilaciones las obtenían quienes obtenían leyes y garantías especiales⁽¹⁰⁾.

Al respecto, debe precisarse que si bien se acostumbra a pensar que la reforma experimentada por nuestro país en materia de seguridad social, a partir de los años ochenta, dice relación solo con el sistema de pensiones, la verdad es que ha sido mucho más profunda que eso. En efecto, de acuerdo a lo manifestado por el entonces Ministro del Trabajo don José Piñera

(8) CIFUENTES LILLO, Hugo; WALKER ERRÁZURIZ. “Aspectos institucionales del Proyecto de Ley que Perfecciona el Sistema de Pensiones” .En *Reforma previsional*. Coordinador Hugo Cifuentes Lillo, editorial LexisNexis, Santiago, 2008, p. 109.

(9) CHEYRE, Hernán. *La Previsión en Chile Ayer y Hoy*. Editorial del Centro de Estudios Públicos, Santiago, 1988, p. 8.

(10) ARTHUR ERRÁZURIZ, Guillermo. *Régimen legal del Nuevo Sistema de Pensiones*. Editorial Jurídica de Chile, p. 7.

Echeñique, *la reforma* consistió concretamente en establecer un nuevo sistema de pensiones, sin afectar a los otros beneficios de carácter previsional, como salud, asignación familiar, subsidios de cesantía, protección contra accidentes del trabajo, etcétera⁽¹¹⁾. Pero en realidad todos los sistemas relativos a esas prestaciones ya habían sido objeto de reformas, anticipándose al esquema que culminaba con la efectuada al sistema de pensiones, modificaciones que se caracterizaron en gran medida por buscar –y en muchos casos lograr– la uniformidad en el sistema⁽¹²⁾.

Es innegable que las modificaciones en materia de pensiones constituyeron la *gran reforma* en materia previsional, siendo establecida a través de la dictación de los decretos leyes números 3.500, 3.501 y 3.502. El primero

(11) MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. *La Reforma Previsional*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981, p. 8.

(12) Destacan, entre otros, el Decreto Ley N° 307, de 1974, sobre prestaciones familiares y el Decreto Ley N° 603, del mismo año, que estableció un Sistema Único de Subsidio de Cesantía, concediéndoselo por primera vez al Sector Público y uniformándolo respecto del Sector Privado. Ambos decretos leyes fueron refundidos en el decreto con fuerza de Ley N° 150, de 25 de mayo de 1982. El 24 de junio de 1978, se publicó el decreto con fuerza de Ley N° 44, con plena vigencia en la actualidad, que fijó normas comunes para los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del Sector Privado, superando las diferencias entre obreros y empleados existente hasta entonces. Destacó, asimismo, el Decreto Ley N° 2.448, de 1979 que, entre otras cosas, uniformó la edad para jubilar por vejez en todos los regímenes previsionales, excepto en los de las Fuerzas Armadas y Carabineros. Este texto establece también un mecanismo único de reajustabilidad de las pensiones.

Lo propio aconteció con la protección al riesgo de enfermedad común. En 1979 se dictó el Decreto Ley N° 2.763, que reorganizó el Ministerio de Salud y sus servicios dependientes. Entre otras reformas, introdujo las siguientes:

Creando el Sistema Nacional de Servicios de Salud, en procura de la descentralización de la función operativa; el Fondo Nacional de Salud, Fonasa, como un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya principal función sería la de recaudar y administrar los fondos destinados al financiamiento de los beneficios de salud. Luego, en 1980, se dictó el Decreto Ley N° 3.500, que reconoció a los afiliados a las AFP el derecho a las prestaciones médicas de sus propios sistemas previsionales, aun estructurados en relación con las labores que cada trabajador realizaba, pero les confirió la posibilidad de optar por enterar su cotización para salud en alguna entidad diferente a las anteriores, constituidas por las denominadas Isapres, creadas el año 1981 y vigentes hasta la actualidad, a las cuales, a lo menos en teoría, pueden incorporarse todo trabajador que así lo estime, cualquiera sea su profesión u oficio o el empleador para el cual se desempeñe.

Más adelante, en 1985, se publicó la Ley N° 18.469, cuyo objetivo básico fue establecer un régimen de prestaciones de salud de aplicación general, abarcando los aspectos preventivos y curativos, dejando prácticamente sin aplicación en estas materias a las leyes números 10.383, 16.781 y 6.174. Finalmente, el 24 de abril de 2006 se publicó el decreto con fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Salud, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes 18.469, y 18.933, constituyéndose, de esta manera en el actual texto que regula la materia coexistiendo un sistema de administración privada con el de administración estatal. En materia de protección de riesgos profesionales continúa en vigencia la Ley N° 16.744, de 1968, la que ya en ese entonces había terminado con las diferencias de oficios para conferir protección previsional, estableciendo su aplicación obligatoria para aquellos que denominó “trabajadores por cuenta ajena”, superando, incluso, la odiosa diferenciación entre obreros y empleados. Finalmente, el año 2002 se dictó la Ley N° 19.728 que confirió amparo frente al desempleo a todos los trabajadores del Sector Privado, sin entrar a diferencias según profesión u oficio.

de ellos creó el Nuevo Sistema de Pensiones de Vejez, Invalidez y Supervivencia, de carácter privado y obligatorio; el segundo reguló básicamente materias tendientes a armonizar la situación de los regímenes antiguos vigentes a la época con la nueva situación previsional que se creaba; y el tercero creó el denominado Instituto de Normalización Previsional encargado de la administración de los sistemas antiguos que aun permanecían, aunque ya solo para lo que decía relación con los afiliados que no optaron por cambiarse al Nuevo Sistema. En la actualidad está constituido por el Instituto de Previsión Social.

Como se puede apreciar, las reformas no solo significaron la modificación del sistema de pensiones, sino que abarcó la totalidad de los beneficios de seguridad social, excluyéndose únicamente la protección frente a los riesgos profesionales, la que no ha sufrido substanciales modificaciones toda vez que, no obstante datar de 1968, se concilia en forma absoluta con el esquema que se buscaba implantar, esquema que consiste en brindar protección diferenciando los riesgos sociales que se quiere proteger y no a la ocupación u oficio de las personas a las cuales se brindará tal protección, en un claro y sostenido intento de buscar la realización del principio de la uniformidad.

En conformidad a lo ya dicho, la protección frente a los riesgos sociales se fue desarrollando en nuestro país siguiendo las características de los seguros sociales de Bismarck. Sin embargo, a la hora de su consagración legislativa, se diseñaron a través de sistemas de protección parcializados, dirigidos a determinados sectores de producción, dividiendo a la población laboral en consideración a la labor que realizaba. Es así como la administración se entregó a las denominadas cajas de previsión, que albergaban a todo aquel que desarrollaba la función que caía en la esfera de la mayor o menor protección que estas otorgaban⁽¹³⁾.

(13) Al año 1980 existían la Caja de Empleados Particulares, con sus numerosas cajas auxiliares; la Caja Bancaria de Pensiones, Caja de Previsión y Estímulo de los Empleados del Banco de Chile, la Sección de Previsión del Banco Central de Chile la Caja de Previsión y Estímulo de los Empleados del Banco del Estado de Chile; Caja de Previsión de la Marina Mercante; Caja de Previsión de la Marina Mercante Nacional, Sección Tripulantes de Naves y Operarios Marítimos Caja de Previsión de la Hípica Nacional; Servicio de Seguro Social. Caja de Previsión de Empleados y Obreros de la Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias; Caja de Previsión de Empleados y obreros de la Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias; Caja de Retiro y Previsión Social de los Ferrocarriles del Estado; Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas Caja de Previsión de los Empleados Municipales de Santiago; Caja de Previsión Social de los Empleados Municipales de Valparaíso; Caja de Retiro y Previsión de los Empleados Municipales de la República y la Caja de Previsión Social de los Obreros Municipales de la República.

En la actualidad, esas instituciones no tienen existencia jurídica como tales, pero sus afiliados conservaron el régimen de prestaciones correspondiente a cada una de ellas.

El régimen permanente, en cambio, se caracteriza por su uniformidad, en el sentido de que cada instituto está dirigido a la protección de cualquier trabajador, sin mayores diferencias, lo que está lejos de significar que exista una administración única, pues se ha optado por la especialidad, dependiendo del riesgo de que se trate.

Así entonces y no obstante la aparente dispersión en la administración de los regímenes de prestaciones, ello continúa siendo parte de un verdadero sistema, constituyéndose cada uno solo en un engranaje indispensable y debidamente relacionado de un todo que, mal o bien, nos ha ido llevando al resultado esperado.

Del punto de vista práctico, al iniciar la vida laboral, el trabajador se incorpora al Nuevo Sistema de Pensiones a efectos de su amparo frente al riesgo social de vejez, invalidez y sobrevivencia. Paralelamente, queda incorporado al sistema de la Ley N° 16.744, a efectos de su protección frente a los denominados riesgos profesionales, esto es, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Lo propio ocurre tratándose del riesgo de enfermedad común, cuya protección queda entregada a Fonasa o a una Isapre y frente al desempleo o cesantía.

Si bien no puede considerarse que la seguridad social sea la simple suma de los seguros sociales y ni siquiera la sola coordinación de los mismos, es imposible desconocer que ellos deben formar parte de la idea más amplia, profunda y distributiva. Sin embargo, no puede exigírseles, considerados como una entidad aislada e independiente, la realización esencial de fines distributivos, pues la conmutatividad se presenta como un elemento básico que se traduce en la dación de sumas de dinero con vistas a una prestación futura.

Nuestro actual sistema, globalmente considerado, se inserta en el esquema reseñado: por un lado se busca la realización de ideales distributivos y solidarios a través de regímenes destinados a aquellos más desvalidos y que están imposibilitados de aportar, estructurado hoy a través del denominado Pilar Solidario, cuya efectividad descansa en el gasto social. Con ello se efectúa una redistribución de la riqueza. Y por otro lado existen planes destinados básicamente a sustituir las remuneraciones o ingresos que se dejan de percibir por el acaecimiento de alguna circunstancia conocida históricamente

como riesgo social, que coloca al sujeto en este verdadero estado de necesidad o carencia de bienes; estos sistemas pertenecen al grupo de los seguros sociales, entre los que se puede citar, por ejemplo, el régimen de subsidio de incapacidad laboral temporal, de seguros de salud y también nuestro actual sistema de pensiones, los cuales, consecuentemente con lo dicho, no se insertan en una idea distributiva sino conmutativa y ello, aun cuando los dos primeros puedan utilizar el sistema financiero de reparto. Sin duda que es una aspiración de toda comunidad que estos sistemas también contribuyan a la distribución de ingresos, presentándose ello como un ideal, pero no es el fin último del sistema, sino solucionar el estado de necesidad de que se trate.

III. EL PROCESO DE REFORMA DE LA REFORMA

Durante los años de su vigencia, el sistema no ha permanecido estático, introduciéndose importantes adecuaciones destinadas a perfeccionarlo y hacerlo más eficaz, tales como la flexibilización en materia de inversión, permitiendo, incluso, efectuarla en el extranjero, y las mejoras en materia de financiamiento de pensiones, especialmente de invalidez profesionalizando su declaración y garantizando su financiamiento por un sistema de seguro que complementa el monto de la pensión, por nombrar algunas.

Recordando lo expresado por Piñera: “El sistema privado de pensiones es una industria basada fundamentalmente en tres pilares. El primero es la informática, sin la cual es imposible concebir el manejo de los millones de cuentas individuales con el ahorro previsional de cada afiliado. El segundo pilar corresponde al *marketing*, a la capacidad de captación de afiliados. El tercer pilar, que se hizo presente más tarde, corresponde a la capacidad de análisis económico-financiero para encontrar la correcta ecuación entre rentabilidad y riesgo con que deben ser invertidos los recursos canalizados por el sistema”⁽¹⁴⁾.

Pero la que en los últimos años ha sido denominada *La Reforma Previsional*, es la que se materializó con la dictación de la Ley N° 20.255, en el año 2008 y que fue presentada casi como un estandarte del Sector Político gobernante.

(14) PIÑERA, José. *El cascabel al gato. La batalla por la reforma previsional*. 6ª Edición, Editorial Ziz-Zag, Santiago, 1995, p. 124.

Desde la campaña presidencial efectuada antes del primer gobierno de la presidenta Michelle Bachelet, se planteó la reforma al sistema previsional como uno de los hitos más importantes en los avances de las mejoras sociales del país, indicando que se requería un mejor sistema previsional, pues nada se ganaba con tener un sistema que acumulara capitales si no otorgaba pensiones dignas y si no daba cobertura a todos los trabajadores⁽¹⁵⁾.

Demás está hacer presente que desde los inicios de la vigencia del sistema privado administrado por las AFP han existido posiciones opuestas, las que van desde su más aguerrido rechazo hasta su defensa y apoyo irrestricto. Sin embargo, hasta en los sectores políticos que podrían sostener la primera posición, se advirtió sobre el caos que podría provocar la terminación repentina de una institucionalidad ya asentada en el país⁽¹⁶⁾.

En definitiva y cualquiera que hayan sido las intenciones al pensar en una reforma al sistema, lo que en realidad ocurrió es que se introdujeron importantes adecuaciones y mejoras, pero siempre dentro del esquema que le ha otorgado su fisonomía.

Las modificaciones introducidas fueron clasificadas en aquellas que implican, primero, el retorno del papel preponderante del Estado, a través de la creación del Sistema de Pensiones Solidario y de la nueva institucionalidad pública; segundo, en las medidas implementadas para aumentar la cobertura previsional de los grupos vulnerables y tercero el perfeccionamiento mismo del Sistema de Capitalización Individual⁽¹⁷⁾. A partir de esta reforma se constata su organización en torno a un diseño de tres pilares que se complementan entre sí: un pilar de beneficios de carácter solidario, financiados con fondos fiscales, cuyos principales beneficios están constituidos por la Pensión Básica Solidaria de Vejez e Invalidez para quienes no tienen derecho a pensión en algún régimen previsional y el Aporte Previsional Solidario de Vejez e Invalidez, orientado a quienes teniendo participación en el sistema, autofinanciaron una pensión de bajo monto, dirigido hacia el 60 % más pobre de la población. Se agrega a ello un pilar contributivo, de carácter obligatorio para los trabajadores dependientes e independientes que emiten boleta de honorarios y de carácter voluntario

(15) ARENAS DE MESA, Alberto. *Historia de la reforma previsional chilena. Una experiencia exitosa de política pública en democracia*. Organización Internacional del Trabajo, Edición Santa Isabel Novoa Fernández, Santiago, Chile, 2010, p. 52.

(16) Ídem.

(17) *Ibidem*, pp. 89-90.

para los demás trabajadores independientes y para aquellos trabajadores que realizan actividades no remuneradas que quieran acceder a cotizar para pensiones (tales como estudiantes y dueñas de casa) mediante la figura del afiliado voluntario.

Finalmente, completa el esquema un pilar voluntario que brinda alternativas de ahorro complementarias a la cotización obligatoria, permitiendo con ello aumentar el monto de la pensión o anticipar la edad para acceder a ella, mediante instrumentos tales como el Ahorro Previsional Voluntario tanto individual como colectivo y la Cuenta de Ahorro Voluntario, alternativas que están asociadas a beneficios tributarios o a una bonificación estatal, o incluso permite hacer retiros parciales o totales de lo ahorrado antes del momento del retiro. Se trata, entonces, no de la posibilidad de someterse a un sistema voluntario complementario, sino de efectuar aportes económicos adicionales a los obligatorios con la mira de mejorar la pensión a obtener en el sistema ya existente.

En otras palabras, se resaltó el fortalecimiento de tres pilares, constituyendo, en algunos casos, la creación de nuevos institutos y, en otros, el mejoramiento de los ya existentes. Las ideas inspiradoras, en todos los casos, estuvieron constituidas por el mejoramiento de los montos de las pensiones y la protección a las clases más desvalidas, mujeres y trabajadores jóvenes.

Estas reformas incluyeron, asimismo, normas destinadas al perfeccionamiento del panorama institucional de la seguridad social, entre las cuales destacan la creación del Instituto de Previsión Social, que asumió parte importante de las competencias del antiguo Instituto de Normalización Previsional, el que pasó a denominarse Instituto de Seguridad Laboral, conservando su rol administrador del régimen estatal de protección frente a los riesgos profesionales, regulado por la Ley N° 16.744. Se agrega a ello la creación de la Superintendencia de Pensiones, que asumió la fiscalización y control de parte importante de la Seguridad Social, complementándose en esa función con la Superintendencia de Seguridad Social.

Sin duda, estas modificaciones han implicado grandes mejoras o avances en el funcionamiento del Sistema, especialmente en lo que dice relación con elementos tales como equidad y cobertura, pero según se verá, está lejos de constituir una verdadera reforma en esencia a lo existente hasta entonces. Por el contrario, nos atrevemos a sostener que con estas reformas se vino a legitimar y consolidar seriamente el esquema que nos ha regido desde el año 1980.

IV. LOS PRINCIPALES OBJETIVOS DE LA REFORMA Y SUS INSTITUTOS PARA MATERIALIZARLOS

1. Estructurar y consolidar un pilar solidario

Se estructura sobre la base de un sistema asistencial, en su correcto sentido, esto es, estableciéndose como un derecho del posible beneficiario, pudiendo denominarse prestación, más que como un simple beneficio sujeto a la discrecionalidad de quien lo otorga. En el mensaje ya aludido se señaló que: “De este modo, por medio de la implantación del SPS, el Estado establece un importante grado de certezas con relación a los ingresos en la vejez para toda la población, entregando una mayor protección a las personas no cubiertas o insuficientemente cubiertas por el sistema de capitalización individual y alcanzando a la población de ingresos medios y bajos”⁽¹⁸⁾.

El sistema previsional creado por el Decreto Ley N° 3.500 ya en sus inicios había recogido la idea de la intervención estatal subsidiaria, dejando entregada gran parte de la responsabilidad en materia de futuras pensiones a los particulares. Es considerado un componente fundamental del sistema, tanto en términos de cobertura, como en la certidumbre de contar con una pensión para ciertos sectores de la población⁽¹⁹⁾.

La protección del Estado se materializó desde los comienzos del Sistema en diferentes direcciones, pero pueden ser sintetizadas en dos: el desempeño de un rol fiscalizador radicado en la Superintendencia de Administradoras de Pensiones y el financiamiento del Sistema de Beneficios Garantizados por el Estado.

Esta intervención no solo ha resultado eficaz, sino que plenamente justificada, pues si el Estado creó un sistema previsional imponiendo obligaciones ineludibles a los particulares consistentes, principalmente, en aportar una cotización equivalente al 10 % de sus remuneraciones y rentas imponibles durante toda su vida activa. La contrapartida natural frente a esa obligación es que el Estado se comprometa a velar por la seguridad de los recursos acumulados en los Fondos de Pensiones. Por otro lado, velando por la seguridad de los aportes y por su adecuada inversión se puede evitar o disminuir

(18) Historia de la Ley N° 20.255. En: <www.leychile.cl>. Consultado el 13 de setiembre de 2013.

(19) SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES. *El Sistema Chileno de Pensiones*. 7ª ed., Solange Berstein Jáuregui (editora), Santiago, Chile, 2010, p. 25.

la necesidad de utilización de fondos fiscales, a través de las entonces denominadas pensiones mínimas garantizadas por el Estado.

Por otra parte, desde los comienzos de la vigencia del sistema el Estado aseguró a todos los afiliados y beneficiarios que reunieran ciertos requisitos pensiones mínimas de vejez, invalidez o sobrevivencia⁽²⁰⁾, las que actualmente han sido sustituidas por los beneficios que forman parte del Pilar Solidario.

Una de las funciones encomendadas al Consejo Asesor Presidencial para la Reforma Previsional, fue reforzar su carácter solidario. Consecuentemente con ello, en el Mensaje de la Ley N° 20.255, se hizo presente la intención de crear un Sistema de Pensiones Solidarias que asegurara un grado razonable de protección y autonomía económica para el pensionado. Se esbozaba ya la idea de diseñar un sistema orgánico de protección asistencial, que operara considerando de manera conjunta a toda la población y también los aportes previsionales que pudiere haber efectuado. En efecto, si la persona no había contribuido a ningún sistema previsional, tendría acceso a la que ya se designó como Pensión Básica Solidaria. Adicionalmente a ello se propuso la creación de un Aporte Previsional Solidario, destinado a complementar las pensiones que el beneficiario pudiere financiar en su sistema previsional.

Este objetivo se manifestó en concreto en la creación de la Pensión Básica Solidaria (PBS) y del Aporte Previsional Solidario (APS). Hasta antes de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.255, este aspecto destinado a la prevención de la pobreza descansaba en las denominadas pensiones asistenciales (Pasis) que otorgaba beneficios sobre la base del nivel de pobreza y el programa de garantías estatales (PMG) que buscaban complementar las pensiones obtenidas en el sistema de AFP a quienes no alcanzaren a obtener una pensión superior a determinado monto.

(20) Hasta antes de las reformas introducidas por la Ley N° 20.255 el sistema de pensiones mínimas exigía diferentes requisitos, según el tipo de pensión de que se tratase. Así, para acceder a la Pensión Mínima de Vejez, además del requisito de edad se exigía registrar a lo menos 20 años de cotizaciones, requisito que podía cumplirse al devengarse la respectiva pensión o con posterioridad. Tratándose de la Pensión mínima de invalidez, además de haber sido declarado inválido se requería cumplir a lo menos una de las siguientes condiciones: i) Dos años de cotizaciones en cualquier sistema previsional en los últimos 5 años anteriores a la fecha de la declaración de invalidez; ii) estar cotizando a la fecha de la declaración de invalidez, si esta se produce como consecuencia de un accidente; o, completar diez años de cotizaciones efectivas en cualquier sistema previsional. Finalmente, para acceder a la Pensión Mínima de Supervivencia, además de las condiciones señaladas tratándose de la Pensión Mínima de Invalidez que el afiliado hubiere estado pensionado el día anterior a la fecha de la muerte. En todo caso, se exigía no percibir pensiones, rentas ni remuneraciones imponibles que sumadas den un monto igual o superior al de la respectiva pensión mínima y si el afiliado se encontraba acogido al sistema de retiro programado o renta temporal debían estar agotadas las remesas, es decir, registrar saldo cero.

Los beneficios del Pilar Solidario han aumentado en forma importante desde su implementación, alcanzando en el primer semestre de 2011 a 1.027.312 personas como promedio mensual. Lo anterior también se ve reflejado en el gasto fiscal asociado a estos beneficios, el cual fue de MM\$ 391.708 durante el primer semestre de 2011⁽²¹⁾. A junio de 2011, del total de pensionados del sistema de AFP, Ex Cajas Previsionales y Pilar Solidario, el 35,2 % y 23,7 % reciben el beneficio de PBS y APS, respectivamente.

Es quizás en este aspecto en el que se puso el acento de la reforma, acentuando considerablemente el rol del Estado, pero solo en lo que dice relación con la entrega de aportes fiscales para aumentar los montos de las pensiones, pero en ningún caso su rol en la administración misma del sistema.

2. Aumentar calidad y cobertura del pilar contributivo

Este pilar constituye la base en que se sustentó el sistema desde su nacimiento, sin perjuicio de los continuos perfeccionamientos de que ha sido objeto. Se caracteriza, como su nombre lo indica, en la existencia de aportes del propio afiliado, con los que luego deberán ser financiadas las prestaciones que el sistema entrega. Se estructura en torno a un régimen de capitalización individual en el que, como es sabido, se establece una relación directa entre el historial de aportes y los beneficios. Al correr de los años y siempre partiendo de la premisa indicada, se han resaltado los factores que influyen en el monto de las pensiones, esto es, la frecuencia, monto y, sobre todo, el momento en que aquellos se efectúan, de manera tal que muchas de las adecuaciones y reformas introducidas dicen relación con el perfeccionamiento de estos aspectos, en el entendido de que tanto nuestra realidad laboral como algunos elementos propios de su diseño (como por ejemplo la existencia de topes impositivos que hacen que se cotice por sumas menores a las realmente percibidas) han tenido una influencia directa en el monto de las pensiones.

Entre las principales medidas que figuran en la búsqueda del perfeccionamiento del pilar contributivo pueden mencionarse las siguientes:

a) Incorporación obligatoria de los trabajadores independientes.

Ha sido esta una de las medidas más destacable destinadas a extender la cobertura del régimen privado de pensiones, aunque solo se refiere a

(21) Comisión de Usuarios del Sistema de Pensiones. Seguimiento de la reforma Previsional. Julio-2008- junio 2011, noviembre de 2011. <http://www.spensiones.cl/portal/informes/581/articles-7846_recurso_1.pdf>. Consultado en 20 de octubre de 2014.

determinados grupos de estos trabajadores, particularmente a aquellos que deben otorgar boletas de honorarios por sus servicios. Este pilar contributivo sigue siendo voluntario para los demás trabajadores independientes y para aquellos trabajadores que realizan actividades no remuneradas (tales como estudiantes y dueñas de casa) que quieran acceder a cotizar para pensiones mediante la figura del afiliado voluntario.

b) Establecimiento de un subsidio previsional a los trabajadores jóvenes y a sus empleadores

Procurando también mayor efectividad en la cobertura, la reforma se orientó hacia los trabajadores jóvenes contemplando un beneficio que se otorga por el Estado a los empleadores por los trabajadores bajo su dependencia que tengan entre 18 y 35 años. Equivalente un cincuenta por ciento de la cotización previsional obligatoria calculada sobre un ingreso mínimo mensual.

Además, se otorga la bonificación al propio trabajador joven, quien recibe mensualmente igual cantidad.

En consecuencia, consiste en dos tipos de subsidios: uno a la contratación de trabajadores jóvenes, que beneficia al empleador y otro para el afiliado. Opera en relación con aquellos trabajadores cuya remuneración sea igual o inferior a 1,5 veces el ingreso mínimo mensual.

El subsidio a la cotización se deposita directamente en la cuenta de capitalización individual del trabajador. El subsidio a la contratación, en cambio, se paga al empleador a través de alguna de las fórmulas previamente autorizada por la Superintendencia de Pensiones.

c) La licitación de la administración de las cuentas de los nuevos afiliados

Se contempló la incorporación de estos trabajadores a una AFP determinada, previa licitación de la cartera de afiliados a aquella que ofrezca un menor cobro por la administración de los Fondos de Pensiones. El objetivo de esta medida obedeció a que, tratándose de los trabajadores que inician su vida laboral, dado su bajo saldo acumulado, la variable precio se considera la más relevante al momento de seleccionar una Administradora de Fondos de Pensiones⁽²²⁾.

(22) La primera licitación se efectuó en febrero de 2010 y los trabajadores tuvieron que afiliarse por primera vez a la nueva AFP Modelo, a partir de agosto de 2010. Para el primer proceso de licitación se presentaron cuatro administradoras, tres de ellas eran AFP que ya estaban en operaciones y una nueva, siendo esta última (AFP Modelo) la que se adjudicó la licitación, ofreciendo una comisión de 1,44 %.

Según se indicó en el respectivo Mensaje con que se dio inicio a la tramitación a la Ley N° 20.255 “El mecanismo de licitación reduce los costos de comercialización, haciendo posible la entrada de nuevos actores a la industria y generando un mecanismo que facilita la elección de Administradora, tanto para los nuevos afiliados, quienes tienen un menor conocimiento relativo del Sistema, como para aquellos afiliados que decidan traspasarse de Administradora”⁽²³⁾.

d) La figura del afiliado voluntario

La ley confirió la posibilidad de afiliación, en calidad de afiliados voluntarios, de personas naturales que no ejercen una actividad remunerada. Esta ha sido una posibilidad de incorporación para las dueñas de casa y estudiantes, pues los aportes, que no son considerados cotizaciones previsionales para otros efectos legales, pueden ser enteradas por el mismo afiliado o por un tercero.

Durante el primer semestre de 2011, el número de nuevos afiliados voluntarios correspondió a 4768, de los cuales el 98 % son mujeres y el 2 % hombres. Esta situación se debió a que entró en vigencia el denominado bono por hijo nacido vivo que exige como requisito para su obtención estar afiliada a una AFP, lo que motivó que aquellas mujeres que podía ser acreedoras al mismo solicitaran su afiliación para ese solo fin⁽²⁴⁾.

Otro fenómeno que produjo la incorporación de estos tipos de afiliados fue que se registraran niños en tal calidad. En efecto, según información emanada del Primer Informe de Seguimiento de la Reforma Previsional⁽²⁵⁾ hasta junio de 2011 existían 264 nuevos afiliados voluntarios con edad de hasta 14 años y 254 entre 15 y 18 años. A junio de 2014 la edad promedio de los afiliados voluntarios a junio de 2014 es de 45 años, siendo de 53 años para las mujeres y 11 años para los hombres. En efecto, a esa fecha existían 3.843 afiliados voluntarios con edad inferior a 14 años y 772 entre 14 y 17

En la segunda licitación postularon cuatro entidades, adjudicándose la misma AFP Modelo, que ofreció ahora una comisión ascendente a 0,77 % es decir, considerablemente menos a la que había ofrecido en la ocasión anterior y que las que cobran las demás Administradoras.

La tercera licitación fue adjudicada a la AFP Planvital, al ofrecer una comisión de 0,47, mejorando la oferta de la AFP Modelo que ofreció un 0,72 %.

(23) Historia de la Ley N° 20.255, p.35.

(24) En Primer Informe de Seguimiento de la Reforma Previsional...p. 11.

En: <http://www.spensiones.cl/portal/informes/581/articles-7846_recurso_1.pdf>. Consultado el 22 de octubre de 2014.

(25) Ídem.

años, lo que representa un crecimiento del 28 % y 14 % respecto a los datos existentes a diciembre de 2013⁽²⁶⁾.

Lo expuesto implica la decisión de los padres de recurrir al sistema de AFP como una forma de ahorro para sus hijos prácticamente desde su nacimiento.

El flujo de nuevos afiliados voluntarios disminuyó en el segundo semestre de 2011, pasando de 4.183 nuevos afiliados voluntarios en el primer semestre de ese año a 2.785 en el segundo (33 % de disminución). Lo anterior era esperable, ya que el número de mujeres solicitando bono por hijo que se afiliaron como voluntarias se centró durante el 2009 y 2010⁽²⁷⁾.

3. Aumentar calidad y cobertura del pilar voluntario

Son dos los principales aspectos en los que se reformó el sistema en relación con el pilar voluntario: la creación del Ahorro Previsional Voluntario Colectivo y la ampliación del beneficio tributario a afiliados al Sistema Antiguo. Sus incentivos están constituidos por beneficios tributarios y por la posibilidad de una bonificación estatal para quienes efectúen ahorro sin utilizar la fórmula de rebaja impositiva, especialmente por tener rentas bajas que no quedan afectas a impuestos.

Puede adicionarse a este esquema la figura del afiliado voluntario.

Así, entonces, el sistema descansa sobre la base de un ahorro mensual obligatorio cuyo monto es un mínimo, teniendo en consideración que siempre se le dio al afiliado la posibilidad de efectuar cotizaciones adicionales en diversas formas⁽²⁸⁾. En la actualidad, resulta evidente la necesidad de realizar ahorros adicionales a los obligatorios, si se desea obtener una pensión de los montos ofrecidos al establecerse el sistema.

(26) Séptimo Informe de Seguimiento de la Reforma Previsional. Enero-Junio de 2014, pp. 9-10. En: <http://www.spensiones.cl/portal/informes/581/articulos-10628_recurso_1.pdf>. Consultado el 10 de noviembre de 2014.

(27) Segundo Informe de Seguimiento de la Reforma Previsional Julio-Diciembre de 2011, p. 2. En: <http://www.spensiones.cl/portal/informes/581/articulos-7941_recurso_1.pdf>. Consultado el 20 de octubre de 2014.

(28) Inicialmente se confirió la posibilidad de efectuar cotizaciones voluntarias por sobre el 10 % de las remuneraciones imponibles y con un tope de un 20 %, el que luego fue derogado. Asimismo, desde el año 1987 se permite contar con una cuenta de ahorro voluntario (figura diferente al APV), la que es administrada por la AFP y respecto a cuyos fondos existe libertad de disposición.

El pilar voluntario⁽²⁹⁾ es considerado el tercer pilar del sistema y su objetivo es aumentar el monto de la pensión o anticipar la edad para pensionarse a través de la oferta de alternativas de ahorro complementarias a la cotización obligatoria. Esta posibilidad fue introducida en 2001 bajo la fórmula del ahorro previsional voluntario (APV) que significó la incorporación de nuevas entidades administradoras de los fondos, tales como bancos y compañías de seguros. Con la dictación de la Ley N° 20.255 se perfeccionó con la creación de una forma colectiva, con intervención del empleador en cuya virtud los ahorros realizados por los trabajadores son complementados por los aportes de aquel. Esta nueva forma se define como un contrato de ahorro suscrito entre empleador, por sí y en representación de sus trabajadores, y una administradora (AFP) o institución autorizada (las demás) con el objeto de administrar los recursos previsionales de dichos trabajadores. Los aportes del empleador no constituyen parte de la base imponible tributaria respecto de las rentas del empleador.

La principal característica de este ahorro adicional, sea en su forma colectiva o individual, radica en que los fondos que se destinen a ello se benefician con una rebaja tributaria importante, lo que constituye, sin duda, el mayor incentivo para su realización.

La nueva reforma buscó ampliar las posibilidades de ahorro, ya que se había utilizado en mayor medida por aquellos afiliados que dispusieran de rentas altas y especialmente cuando excedían del tope imponible contemplado en nuestro sistema, pues debe advertirse que en el esquema obligatorio quien obtiene una renta de 60 unidades de fomento al mes, debidamente reajustada en la forma que ordena actualmente la ley, recibirá en su momento una pensión igual que uno que gane dos o tres veces más, pues cotizarán sobre la misma renta⁽³⁰⁾⁽³¹⁾. Si bien con anterioridad al año 2001,

(29) Sobre este tema se puede ver LANATA FUENZALIDA, Gabriela. “Ahorro Previsional Voluntario”. En: *Reforma Previsional*. Hugo Cifuentes Lillo (coordinador), Editorial LexisNexis, Santiago, 2008, pp. 83-107.

(30) Debe recordarse que la parte que exceda de las 60 UF, más el reajuste especial consagrado en el artículo 16, está exenta de la obligación de cotizar.

(31) Es este uno de los factores a los que se atribuye la percepción de los bajos montos de pensiones, pues estos solo pueden reflejar o acercarse a las remuneraciones sobre las cuales se cotizó efectivamente y no en relación con las que se obtienen en la realidad. Es así como un estudio indica que la tasa de cotización obligatoria es un 10 % del salario y los retornos promedio sobre los ahorros en las AFP entre 1981 y 2012 fueron de un 8,7 %, porcentajes que pueden considerarse positivos. SCHMIDT-HEBBEL, Klaus. “El Sistema de Pensiones en Chile: Tasas de Reemplazo, Comisiones de las AFP y Propuestas de Reforma”. Presentación efectuada en Seminario AFP: Ajuste o Reforma. Por Pensiones Dignas. Senado de Chile, Santiago, 9 de mayo de 2013.

época de introducción del sistema de ahorro previsional voluntario existían las formas de ahorro adicionales voluntarias ya indicadas, las que adolecían de limitaciones que no las hacían especialmente atractivas, aspectos que se intentaron superar con esa nueva normativa. En efecto, se amplió el número de entidades que participan en el Sistema, terminándose con la exclusividad de las AFP; se elevó el monto máximo mensual, que se podía destinar a ahorro previsional voluntario y se otorgó la posibilidad de retirar anticipadamente las sumas enteradas a título de cotizaciones voluntarias y depósitos de ahorro previsional, aunque pagando un impuesto diferido al momento de retirarlos, con un recargo adicional de entre un 3 % y un 7 %.

Con estas modificaciones se buscaba, según se consideró en el Mensaje con que se dio inicio a la tramitación de la ley⁽³²⁾, entregar alternativas de orden tributario para los ahorrantes, permitiendo que el trabajador elija el régimen que afectará a los referidos recursos, en consideración al pago o exención de impuestos al momento del aporte o retiro de los recursos de ahorro voluntario. Estas posibilidades se sintetizan en una alternativa constituida por un beneficio inmediato, en el cual los fondos que el afiliado destine a estos fines pueden ser rebajados de la remuneración y/o renta imponible, con un tope de cincuenta unidades de fomento mensuales o seiscientas anuales, o con el uso del beneficio tributario al momento del retiro de los fondos en forma de pensión.

Estos mecanismos se complementaron con una bonificación estatal especial consistente en una suma de dinero que se otorga al momento de pensionarse a quienes, habiendo efectuado ahorro voluntario ya sea a través de cotizaciones voluntarias, ahorro previsional voluntario individual o ahorro previsional voluntario colectivo, no hubieren gozado del beneficio tributario ya indicado y siempre y cuando destinen todo o parte del saldo de cotizaciones voluntarias, depósitos de ahorro previsional voluntario o de ahorro previsional voluntario colectivo, a adelantar o incrementar su pensión. El monto equivale al quince por ciento de lo ahorrado por el trabajador por concepto de cotizaciones voluntarias, ahorro previsional voluntario o ahorro previsional voluntario colectivo, que aquel destine a adelantar o incrementar su pensión.

Disponible en: <http://www.senado.cl/prontus_senado/site/artic/20130508/asocfile/20130508192141/ksh_sobre_sistema_pensiones_chileseminario_senado_9_mayo_2013.pdf>
Consultado el 24 de noviembre de 2014.

(32) “Historia de la Ley N° 20.255”, p. 27.

4. La búsqueda de la equidad de género

Otra de las inspiraciones de la reforma fue la superación de ciertos elementos de inequidad existentes en el sistema, especialmente en contra de la mujer.

La instauración del régimen privado de pensiones en los años ochenta se insertó en la realización de, entre otros, el principio de la uniformidad, en el entendido de que el logro de aquel implicaba la necesaria consagración de diferencias, como un medio de realización de la idea de justicia. En este contexto se establecieron diferentes edades de jubilación para las mujeres y los varones. No es del caso analizar las causas de esta diferenciación, pero en definitiva y por muy valiosas que ellas han provocado perjuicios a la mujer, toda vez que su expectativa de vida es mayor en nuestro país que la del hombre⁽³³⁾, lo cual desde ya significa que pensionándose cinco años antes deberá financiar su propia pensión por un número superior de años. Lo anterior se agrava si se considera que las mujeres registran cotizaciones inferiores a las de los hombres, lo cual puede deberse a diferentes razones entre las cuales se encuentran la existencia de las conocidas “lagunas”, motivadas por factores externos al Sistema e incentivadas, algunas veces, por otros regímenes previsionales, como es el caso del subsidio maternal. Finalmente, también puede deberse a reprochable discriminación en materia de remuneraciones de que puede ser objeto⁽³⁴⁾.

Algunos estudios efectuados hace unos años⁽³⁵⁾, demostraron que la diferencia entre las pensiones que obtendrían hombres y mujeres con igual densidad promedio de cotizaciones era notoria, pues aquellas obtendrían pensiones equivalentes al 60 % de las de los hombres, tendiendo a acentuarse la diferencia a medida que crece la tasa de rentabilidad. Es más, la relación entre pensión e ingresos era considerablemente inferior en el caso de las mujeres. Esta realidad fue uno de los fundamentos de la reforma efectuada el año 2008.

(33) Según las últimas estadísticas de la Organización Mundial de la Salud en Chile la esperanza de vida es de hasta los 83 años para las mujeres y de 76 en los hombres. En: <http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/2014/en/> consultado en 30 de octubre de 2014>.

(34) Según datos de la Superintendencia de Pensiones, el año 2013 el ingreso imponible promedio de los trabajadores dependientes hombres que cotizan en sistema de AFP fue de \$ 625.866. Esto es 19,9 % más que el ingreso imponible promedio de las mujeres, que llegó a \$521.835 con los datos disponibles a noviembre. En: <http://www.spensiones.cl/safpstats/stats.sc.php?_cid=7a;> consultado en 20 de octubre de 2014>.

(35) MIRANDA SALAS, Eduardo y RODRÍGUEZ SILVA, Eduardo. *Análisis del Sistema de Fondos de Pensiones. Perspectivas e interrogantes*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 146.

Finalmente, la falencia de cotizaciones puede deberse a la evasión impositiva, el que sin duda, es un grave problema, pero que desgraciadamente no se elimina solo por cambiar los fundamentos del sistema.

a) Modificaciones en relación con el pago del seguro para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivencia

El problema se había visto agravado por la existencia de verdaderos subsidios de las mujeres hacia los hombres, como ocurría con el pago del seguro de invalidez y sobrevivencia. Según planteamientos oficiales el mayor problema obedecía no ya a un diseño de sistema, sino a la realidad nacional que demostró que las mujeres subvencionaban a los varones, al registrar menor tasa de siniestralidad, es decir, viven más y se accidentan menos⁽³⁶⁾, no obstante lo cual pagaban igual precio por concepto de seguro de invalidez y sobrevivencia.

La reforma de 2008 terminó con esta situación, al establecer la licitación de manera separa entre varones y mujeres. Si bien los empleadores de unos y otras deben pagar una menor prima por estas últimas, la diferencia en relación a la de los varones debe depositarse en la cuenta de capitalización individual de la mujer.

b) El bono para la mujer por hijo nacido vivo

Se trata de un beneficio que se confiere a la mujer pensionada en razón de cada hijo nacido vivo. Consiste en un aporte estatal equivalente al 10 % de 18 ingresos mínimos mensuales vigente al mes del nacimiento del hijo, más la rentabilidad desde entonces hasta el mes que la mujer cumpla 65 años. El bono se otorga cuando la mujer cumpla los 65 años y no cuando nazca el hijo, no obstante ello, la mujer puede pensionarse antes, pues la edad para ello sigue siendo los 60 años; en este caso accederá al bono al cumplir los 65 años y entonces se deberá reliquidar su pensión considerando su monto.

(36) Según información de la Superintendencia de Pensiones, en setiembre de 2012 se registran 49.804 pensiones a los varones, considerando todas las posibilidades de pensión de invalidez y 29.074 a las mujeres, según información estadística obtenida en <www.spensiones.cl> consultada el 4 de noviembre de 2012. Ello significa que del total de pensiones de invalidez pagadas, solo un 36,9 % corresponde a mujeres. Sin embargo, debe tenerse en consideración que según información de la misma fuente, a la misma época un 39,9 % de los cotizantes al sistema son mujeres, dato que puede implicar conclusiones diferentes a las establecidas.

c) Equidad en relación con el varón

Pero la equidad de género no solo se buscó en relación con la mujer, sino que también en los varones, al constituirlo como potencial beneficiario de pensión de sobrevivencia. Con anterioridad de la reforma solo lo era si tenía la calidad de inválido que vivía a expensas de su cónyuge fallecida.

V. MEJORAR LA CALIDAD DE LOS BENEFICIOS PREVISIONALES SUPERANDO INEQUIDADES

a) La licitación del Seguro de Invalidez y Sobrevivencia (SIS)

Este seguro cubre las diferencias necesarias para financiar las referidas pensiones cuando el infortunio se produce antes de que el afiliado o afiliada cumpla la edad para pensionarse por vejez.

La Ley N° 20.255 buscó perfeccionar ciertas inequidades que presentaba el sistema. Previo a ello, si bien este seguro era de responsabilidad de la AFP, era financiado por los propios afiliados a través del pago de la denominada cotización adicional, la que en parte correspondía al pago de la prima y que se determinaba como porcentaje de la remuneración imponible siendo retenida y pagada mes a mes, conjuntamente con el pago de las cotizaciones destinadas al financiamiento de las pensiones introduciendo, de este punto de vista un cierto elemento de solidaridad al sistema, si se considera que debiendo todos aportar para este efecto, no todos se verán beneficiados por el pago del seguro. Puede decirse, de esta forma, que el sistema se basa en este aspecto en un verdadero reparto⁽³⁷⁾, reconociendo la existencia de numerosos subsidios cruzados debido a que el seguro tenía el mismo valor respecto de todos los afiliados amparados por este en circunstancias de que respecto de ciertos afiliados las eventualidades a cubrir son mayores que las de otros y debían efectuar los mismos aportes, circunstancia que en sí y por definición no debe resultar extraña a un sistema de reparto. No obstante ello, puede considerarse que se estimó como un defecto o anomalía del Sistema, buscándose en la reforma del año 2008 introducir ciertos

(37) CASTRO, Rubén. *Seguro de invalidez y sobrevivencia. Qué es y qué le está pasando*. Documento de Trabajo N° 5, mayo de 2005. Superintendencia de Pensiones, en <www.spensiones.cl> consultado el 3 de noviembre de 2012.

correctivos a la situación o destacándose otras que, aun cuando pudiera no ser lo buscado, en los hechos produjo tal efecto.

Entre estos verdaderos subsidios, que dicen relación en mayor medida con la pensión de sobrevivencia aun cuando también inciden en algunos casos en la de invalidez, destaca la situación de los afiliados solteros respecto de los casados, si se considera que estos últimos tienen como beneficiarios de pensión de sobrevivencia a sus cónyuges y también el caso de las mujeres respecto de los hombres debido a que ellos tenían como beneficiarias de pensión de sobrevivencia a sus cónyuges, mientras que las mujeres solo lo tenían cuando era inválido.

Como quiera que haya sido, esta realidad motivó la modificación del sistema de seguro de invalidez y sobrevivencia, buscando una mayor equidad y transparencia en la regulación del seguro.

Las principales modificaciones dicen relación con la determinación única y uniforme de la prima para todos los afiliados, alejando de las AFP el rol asegurador que estaban asumiendo y el financiamiento de la misma, que pasa a ser de cargo del empleador del afiliado, en la forma que se verá a continuación.

Por otra parte, en caso de existir una diferencia en razón del sexo de los afiliados entre la cotización destinada al financiamiento del seguro y la prima necesaria para financiarlo, las administradoras deben enterar la diferencia en cada una de las cuentas de capitalización individual de aquellos afiliados respecto de los cuales se pagó una cotización superior a dicha prima.

b) El aumento de la edad de la mujer para estar amparada por el seguro

Si bien la edad para pensionarse es de 60 años las mujeres y 65 los varones, salvo algunas excepciones⁽³⁸⁾, los afiliados pueden seguir trabajando después de cumplir esas edades. Hasta antes de las modificaciones en estudio se daba la paradoja de que la cobertura del seguro para las mujeres era solo hasta los 60 años, es decir, si decidía seguir trabajando con posterioridad a esa fecha y se invalidaba o fallecía, carecía del derecho a que se complementaran las respectivas pensiones con los fondos del seguro. En virtud de las modificaciones la mujer está amparada igual que el varón, hasta los 65 años⁽³⁹⁾.

(38) Como es la situación de los funcionarios públicos, que están obligados a pensionarse a esa edad.

(39) A junio de 2011 el número de cotizantes mujeres entre 60 y 65 años de edad ascendían a 12.230.

c) La cuenta del cónyuge

En virtud de las reformas incorporadas por la Ley N° 20.255, se ha contemplado una institución que busca proteger al cónyuge más desvalido previsionalmente, confiriéndole a los trabajadores dependientes cuyo cónyuge posea la calidad de afiliado voluntario, la posibilidad de autorizar a sus respectivos empleadores para que les descuenten de sus remuneraciones, las sumas que destinen a cotizaciones para la cuenta de capitalización individual voluntaria de su cónyuge, incluyendo la cotización adicional. Puede referirse tanto a la mujer como al varón.

VI. MEJORAR LA PARTICIPACIÓN, EDUCACIÓN E INFORMACIÓN

La integralidad de las modificaciones queda en más evidencia aún al hacerse cargo del poco conocimiento que los afiliados y la población en general tienen del sistema. Procurando solucionar, a lo menos en parte, este problema se creó la Comisión de Usuarios, constituida por representantes de los trabajadores y de los empleadores y presidida por un académico universitario cuya función es, en general, conocer los criterios utilizados en la administración de las sociedades, aun cuando no pueden inmiscuirse en la misma.

Con el mismo objetivo se constituyó un fondo para la educación previsional, destinado a financiar proyectos cuyo objetivo sea dar a conocer el sistema en determinados sectores de la población.

VII. MEJORAR LA INSTITUCIONALIDAD DEL SISTEMA PREVISIONAL

Finalmente, y como ya se adelantó, se mejoró de manera ostensible la institucionalidad del sistema previsional, centralizando las funciones asistenciales en el nuevo Instituto de Previsión Social, sucesor del Instituto de Normalización Previsional y lo propio en el Instituto de Seguridad Laboral,

Desde julio de 2008 a junio de 2011 se habían presentado 716 solicitudes de calificación de invalidez por parte de mujeres pertenecientes a este grupo. Información obtenida del Informe de Seguimiento de la Reforma Previsional. Julio de 2008 a junio de 2011. En: <http://www.spensiones.cl/portal/informes/581/articulos-7846_recurso_1.pdf>. Consultado el 10 de octubre de 2014.

encargado de la administración estatal del seguro de accidentes del trabajo y enfermedad profesional. Por otra parte, el control de todos los sistemas de pensiones se centralizó en un solo organismo: la Superintendencia de Pensiones, sucesora legal de la anterior Superintendencia de AFP, con lo que evita la dualidad de control, avanzando considerablemente en la uniformidad del sistema.

VIII. CONCLUSIONES

Del análisis general y global de las principales modificaciones introducidas por la Ley N° 20.255, es fácil concluir que no se está frente a una reforma al esquema previsional, sino en una nueva adecuación del ya existente a través de su perfeccionamiento, por un lado, y de la creación de nuevos beneficios e instituciones, pero siempre siguiendo la misma idea: cómo hacer más eficaz y equitativo el sistema privado de pensiones que descansa en un régimen financiero de capitalización individual, administrado por entidades que persiguen fines de lucro.

Las modificaciones pueden estimarse positivas, atendidos los objetivos que se tuvieron en vista, pero están lejos de constituir lo que pareció esperar la población, es decir, un primer paso para el retorno, a lo menos parcial y alternativo, a un sistema de reparto.

Las modificaciones al pilar solidario implicó aumentar el esfuerzo económico fiscal en materia previsional a través del pago de verdaderos subsidios directos a quienes no alcanzan a financiar pensiones de determinados montos, pero no hay variaciones en esencia a la idea en que descansaba el antiguo sistema de pensiones mínimas garantizadas por el Estado.

El pilar voluntario, por su parte, está muy lejos de constituir un régimen de pensiones alternativo, sino que su idea descansa en la realización de aportes adicionales a los obligatorios, es decir, su fin es aumentar la pensión que otorgará el sistema privado.

Finalmente, en las modificaciones al pilar contributivo se constata de manera más clara aún la intención de mantener la esencia misma del sistema, al buscar ampliar su cobertura a nuevos sectores de trabajadores y al hacerlo más equitativo para aquellos a quienes ya amparaba.

En síntesis, no se reformó el sistema en sí, solo se mejoró lo existente.

Por lo demás, en el propio mensaje con que se dio inicio a la tramitación de la ley en comento se indicó que: “Esta es una reforma que premia el ahorro y el esfuerzo personal: aquellos que coticen más en el sistema previsional gozarán de mejores pensiones. Y también es una reforma que apoya a los que se quedan atrás: el envejecimiento y el retiro del mercado laboral no pueden ser sinónimos de pobreza o de una brusca caída en las condiciones de vida”⁽⁴⁰⁾.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ARENAS DE MESA, Alberto. *Historia de la reforma previsional chilena. Una experiencia exitosa de política pública en democracia*. Organización Internacional del Trabajo. Edición Santa Isabel Novoa Fernández, Santiago, Chile, 2010.

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

CASTRO, Rubén. *Seguro de Invalidez y Supervivencia. Qué es y qué le está pasando*. Documento de Trabajo N° 5, mayo de 2005. Superintendencia de Pensiones, en: <www.spensiones.cl> consultado el 3 de noviembre de 2012.

CHEYRE, Hernán. *La previsión en Chile ayer y hoy*. Editorial del Centro de Estudios Públicos, Santiago, 1988.

CIFUENTES LILLO, Hugo; WALKER ERRÁZURIZ. “Aspectos Institucionales del Proyecto de Ley que Perfecciona el Sistema de Pensiones”. En: *Reforma previsional*. Hugo Cifuentes Lillo (coordinador), Editorial LexisNexis, Santiago, 2008.

COMISIÓN DE USUARIOS DEL SISTEMA DE PENSIONES. Seguimiento de la reforma Previsional. Julio de 2008-junio de 2011.

COMISIÓN DE USUARIOS DEL SISTEMA DE PENSIONES. *Segundo Informe de Seguimiento de la Reforma Previsional*. Julio-diciembre de 2011.

COMISIÓN DE USUARIOS DEL SISTEMA DE PENSIONES. *Séptimo Informe de Seguimiento de la Reforma Previsional*. Enero-junio de 2014.

CORDINI, Miguel Ángel. *Derecho de la Seguridad Social*. Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1966.

(40) Historia de la Ley N° 20.255, p. 6.

Historia de la Ley N° 20.255.

LANATA FUENZALIDA, Gabriela. “Ahorro previsional voluntario”. En: *Reforma Previsional*. Hugo Cifuentes Lillo (coordinador). Editorial LexisNexis, Santiago, 2008.

LANATA FUENZALIDA, Ruth. *Manual de Legislación Previsional*. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Santiago, Chile, 2001.

MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. *La Reforma Previsional*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981

MIRANDA SALAS, Eduardo y RODRÍGUEZ SILVA, Eduardo. *Análisis del Sistema de Fondos de Pensiones. Perspectivas e Interrogantes*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1995.

PIÑERA, José. *El cascabel al gato. La batalla por la reforma previsional*. 6ª ed., Editorial Ziz-Zag, Santiago, 1995.

SCHMIDT-HEBBEL, Klaus. “El Sistema de Pensiones en Chile: Tasas de Reemplazo, Comisiones de las AFP y Propuestas de Reforma”. Presentación efectuada en Seminario AFP: Ajuste o Reforma. Por Pensiones Dignas. Senado de Chile, Santiago, 9 de mayo de 2013.

SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES. *El Sistema Chileno de Pensiones*. 7ª ed., Solange Berstein Jáuregui (editora), Santiago, Chile, 2010.

SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES. *Chile 2008: Una reforma previsional de segunda generación*. Berstein Solange; Castañeda, Pablo; Fajnzylber Eduardo; Reyes, Gonzalo (editores), Santiago, Chile, octubre de 2009.

¿EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES ES PARTE DE LA SEGURIDAD SOCIAL? UN INTENTO DE ADECUACIÓN A SUS PRINCIPIOS BÁSICOS

César Abanto Revilla⁽¹⁾

I. EL SISTEMA DE PENSIONES EN EL PERÚ

Para iniciar este trabajo, resulta necesario dejar constancia que actualmente –y desde finales de 1992– coexisten en nuestro país dos regímenes de pensiones de manera paralela, el público y el privado.

El régimen público, que funciona bajo el modelo del sistema de reparto, está –a su vez– conformado por cuatro regímenes:

- Decreto Ley N° 19846, Ley de Pensiones Militar Policial,
- Decreto Ley N° 19990, Sistema Nacional de Pensiones (SNP),
- Decreto Ley N° 20530, Ley de Pensiones de los Funcionarios Públicos⁽²⁾, y
- Decreto Legislativo N° 894, régimen de los servidores diplomáticos⁽³⁾.

(1) Abogado y Maestro en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Profesor del curso “Instituciones de la Seguridad Social” en la Maestría de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y del curso “Derecho Previsional” en la Maestría de Derecho del Trabajo de la Universidad de San Martín de Porres.

(2) Régimen cerrado de forma definitiva, a partir del 18 de noviembre de 2004, con ocasión de la entrada en vigencia de la reforma constitucional aprobada por la Ley N° 28389.

(3) Si bien este régimen especial fue cerrado por Ley N° 28091, publicada el 17 de octubre de 2003, el Decreto Supremo N° 065-2009-RE restituyó su vigencia.

El régimen privado, que funciona bajo el modelo de la capitalización individual, fue creado el 6 de diciembre de 1992 por el Decreto Ley N° 25897, copiando el sistema chileno de inicios de los ochenta, que trasladó la administración de los aportes y pensiones de los trabajadores a empresas privadas –denominadas AFP– que funcionan bajo la supervisión del Estado⁽⁴⁾.

En tal sentido, todo trabajador público o privado que inicie su actividad laboral, de manera dependiente o independiente⁽⁵⁾ deberá elegir⁽⁶⁾ entre el SNP o el SPP.

El SNP fue promulgado el 24 de abril de 1993 por el Decreto Ley N° 19990, con el fin de unificar en un solo régimen las disposiciones pensionarias de los trabajadores obreros y los empleados, que entonces recibían un tratamiento legal diferenciado. En la actualidad, y desde el 1 de enero de 1995, dicho régimen es administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), entidad estatal descentralizada del Sector Economía que ha reemplazado en dicha labor al Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), que durante muchos años fue considerado uno de los entes burocráticos más ineficientes a nivel nacional (incluso mundial)⁽⁷⁾.

El SPP está conformado por cuatro AFP (Hábitat, Integra, Prima y Profuturo), cuenta con unos 5'000,000 de afiliados y un fondo de más de S/. 100,000 millones. Su implementación fue muy cuestionada, al haber sido impuesta sin un mayor debate y omitir –desde su origen– elementos que eran básicos para su adecuado funcionamiento, como la pensión mínima, que fue recién incorporada hacia julio de 1995 (Ley N° 26504), pero cuyo desarrollo operativo se dio en enero de 2002 (Ley N° 27617), casi una década después de su creación. Esta situación ha originado una serie de reclamos, sobre todo de aquellos que fueron afiliados sin una correcta información

(4) En el Perú, a través de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), entidad que a partir del 25 de julio de 2000 asumió las funciones de la extinta Superintendencia de AFP (SAFP), por mandato de la Ley N° 27328.

(5) La afiliación del trabajador independiente a un régimen de pensiones (SNP o SPP) es voluntaria, al haber sido derogada la obligatoriedad prevista por la Ley N° 29903.

(6) De acuerdo al procedimiento previsto por la Ley N° 28991 - Ley de Libre Desafiliación Informada, publicada el 27 de marzo de 2007, el trabajador que ingrese por primera vez a un centro laboral recibe un Boletín Informativo sobre las características del sistema pensionario, y a partir de su entrega tendrá 10 días para elegir entre el SNP o el SPP, vencidos los cuales tendrá 10 días adicionales para ratificar o cambiar su decisión. De no formalizar su decisión dentro de dicho plazo, será afiliado al SPP.

(7) Para el periodo 1981-1988, el IPSS fue considerada la entidad pública previsional que registró la menor rentabilidad en el mundo (-37.4 %), como consta en el Gráfico 3.7 de la p. 110 del informe del Banco Mundial de 1994.

acerca de las ventajas del régimen, razón por la cual desde finales de los noventa un grupo de asegurados ha pugnado por su retorno al SNP, habiéndose emitido en marzo de 2007 una norma que regula expresamente las causales en mérito a las cuales se puede gestionar la desafiliación de una AFP.

II. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO PREVISIONAL O PENSIONARIO

La seguridad social se manifiesta a través de diversas prestaciones (sanitarias, pensiones, subsidios, etc.), sin embargo, en la medida en que desde hace unos treinta años asistimos a una evolución acelerada y diferenciada de las normas, los principios y la doctrina relativa al campo pensionario, podemos afirmar que durante dicho periodo –y hasta la actualidad– se ha ido gestando su autonomía científica.

Esta independencia o separación fáctica y teórica de la seguridad social, como conjunto, se debe a la relevancia que en las últimas décadas ha adquirido la administración y tutela de los fondos pensionarios, al constituir la garantía de su financiamiento en el tiempo, lo cual ha determinado la elaboración de diversas propuestas para reformar el tradicional modelo de reparto, variando sus parámetros con miras a una gestión eficiente.

La suma de una serie de factores paralelos de diversa índole –a nivel mundial–, como la longevidad, la reducción de la tasa de natalidad, el aumento de la informalidad laboral, la evasión del pago de los aportes previsionales, o la jubilación de los *baby boomers*⁽⁸⁾, ha originado un desfase financiero en los sistemas de reparto, sustentados en los aportes de los trabajadores en actividad, tanto por su reducción cuantitativa, como por el hecho que ahora carecen de una protección formal, en situaciones como la informalidad, lo que origina una disminución de los beneficiarios de la seguridad social.

En este escenario, fue Chile el primer país que se arriesgó en 1980, mediante el Decreto Ley N° 3,500, a implementar –dentro de un proceso de reforma integral de su economía– un modelo en el cual las pensiones de la seguridad social fueran administradas por la empresa privada a través de

(8) Como suele denominarse a quienes nacieron durante la etapa de incremento de la tasa de natalidad en Norteamérica, posterior a la Segunda Guerra Mundial (1946 a 1950), que hacia la primera década del nuevo siglo están alcanzando masivamente la edad de jubilación: en promedio, 60 a 65 años.

cuentas de capitalización individual, relegando al Estado a una función de supervisión y atención de determinados beneficios complementarios.

La idea que se postulaba era que, a diferencia del fondo común característico del sistema de reparto, cada asegurado tendría una cuenta que sería administrada por una empresa privada, la cual invertiría sus fondos en el mercado financiero y bursátil, tanto interno como externo, procurando una mayor rentabilidad a la obtenida por la gestión estatal, lo que generaría no solo una mayor pensión, sino la reactivación de la economía del país.

Lamentablemente, el tiempo y las crisis financieras internacionales nos han demostrado que condicionar la rentabilidad de las pensiones del SPP al resultado de las inversiones puede generar considerables pérdidas económicas a los asegurados, lo cual ha llevado que, en el 2008, Chile haya reestructurado su modelo (Ley N° 20,255), tomando como base el sistema multiplilar propuesto por el Banco Mundial⁽⁹⁾.

Dejando a un lado, por el momento, nuestra apreciación sobre el destino del modelo de capitalización, queda claro que el desarrollo del tema pensionario ha adquirido, tanto en el nivel normativo como teórico, una autonomía e independencia particular, con relación al estudio de la seguridad social, lo que justifica el análisis de su problemática de forma diferenciada a través del denominado Derecho Previsional o Pensionario.

III. ANÁLISIS DE LA “PENSIÓN”: CONCEPTO, CONTENIDO ESENCIAL Y CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO

1. Hacia una definición del concepto “pensión”

A diferencia del concepto “seguridad social”, que admite una variedad de definiciones, difícilmente encontraremos un autor que explique el concepto “pensión”⁽¹⁰⁾, o precise los elementos que la conforman, pues la mayoría

(9) BANCO MUNDIAL. “Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento” (1994). Este modelo fue reformulado en el 2001 y 2005.

(10) Desde una perspectiva económica, Valdés la define como “un monto relativamente constante de dinero pagado periódicamente (mensualmente), que se inicia cuando el causante tiene una edad relativamente avanzada o cuando queda inválido o muere, y continúa hasta la muerte del causante y sus beneficiarios”. VALDÉS PRIETO, Salvador. “Políticas y mercados de pensiones”, p. 24.

tan solo se limita al estudio individualizado de sus modalidades: cesantía, jubilación, invalidez, etc.

Para quien suscribe, la pensión es –independientemente de la contingencia que la origine (enfermedad, accidente, vejez, muerte, etc.)– una suma dineraria, generalmente vitalicia⁽¹¹⁾, que sustituirá los ingresos percibidos por una persona, cuando se presente un estado de necesidad, permanente o transitoria⁽¹²⁾, permitiéndole cubrir sus necesidades básicas, y se otorgará siempre que esta cumpla todos los requisitos previstos legalmente.

En la medida en que no existe una fórmula única o perfecta que resulte aplicable a todos los ordenamientos legales del mundo, los aspectos relativos a la regulación específica de los requisitos y particularidades de las pensiones deben ser evaluados tomando en cuenta las características demográficas, sociales, económicas y políticas de cada país.

Finalmente, en la medida en que a partir de un fallo del Tribunal Constitucional, emitido al resolverse el proceso de inconstitucionalidad iniciado contra las leyes que aprobaron la reforma constitucional previsional del 2004 (Exp. N° 00050-2004-AI/TC)⁽¹³⁾, se han determinado los elementos que conforman tanto el contenido esencial del derecho a la pensión y, posteriormente, su contenido constitucionalmente protegido, será necesario dar una mirada a ambos conceptos para verificar su relación con el SPP.

2. El contenido esencial del derecho a pensión⁽¹⁴⁾

Se acepta en la doctrina constitucional que los derechos fundamentales no son absolutos, por lo tanto, pueden estar sujetos a límites legales, sin embargo, la facultad del legislador de restringir estos derechos tiene como barrera infranqueable al denominado “contenido esencial”.

La garantía del contenido esencial, que para la mayoría de autores tiene su origen en Alemania, en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, alude a la limitación que tendrá el legislador ordinario –incluso el constituyente–, al elaborar normas referidas a derechos fundamentales, de no poder afectar el

(11) Existen supuestos en que la pensión tiene carácter temporal, como la cesantía por disponibilidad, prevista por el Decreto Ley N° 19846, Ley de Pensiones Militar Policial.

(12) Por ejemplo, la caducidad de la pensión de invalidez, por recuperar la capacidad física o mental, regulado por el literal a del artículo 33 del Decreto Ley N° 19990.

(13) Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 12 de junio de 2005.

(14) Ídem

núcleo de los elementos mínimos que identifican a un derecho, sin los cuales perdería su identidad.

El contenido esencial de cada derecho fundamental deberá ser determinado –caso por caso– por el Tribunal Constitucional. Dicha labor conllevará a un análisis de su origen y sustento constitucional, como de su desarrollo legislativo, doctrinario y jurisprudencial, a lo largo del tiempo.

Si bien en el Perú la Constitución de 1993 no hace referencia expresa a la garantía del contenido esencial, el Tribunal Constitucional ha recurrido a dicha técnica –en algunas ocasiones– para evaluar la constitucionalidad de determinadas leyes, como se aprecia en el fundamento 11 del fallo recaído en el Exp. N° 01593-2003-HC/TC⁽¹⁵⁾, en el cual se declaró textualmente lo siguiente:

11. (...) aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa (...).

En ese sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el contenido esencial de algunos derechos fundamentales⁽¹⁶⁾ y, en el caso de la pensión, en el fundamento 107 de la sentencia recaída en el citado Exp. N° 00050-2004-AI/TC ha establecido que su contenido esencial está compuesto por tres elementos, a saber:

- El derecho de acceso a una pensión
- El derecho a no ser privado arbitrariamente de la pensión
- El derecho a una pensión mínima vital

(15) Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de enero de 2004.

(16) Por ejemplo: Exp. N° 01124-2001-AA/TC, proceso de amparo seguido por la Federación y el Sindicato de Trabajadores de Telefónica del Perú contra Telefónica del Perú S.A.A., al determinar el contenido esencial del derecho a la libertad sindical; Exp. N° 00010-2001-AI/TC, acción de inconstitucionalidad formulada por el Defensor del Pueblo contra la Ordenanza N° 290 de la Municipalidad de Lima, para evaluar al derecho a la pluralidad de instancia como un elemento del contenido esencial del derecho al debido proceso administrativo; Exp. N° 00004-2004-AI/TC (acumulados), acción de inconstitucionalidad planteada por el Colegio de Abogados de Cusco y otros contra los Decretos Legislativos N° 939, N° 947 y la Ley N° 28194, para establecer los componentes del contenido esencial del derecho a la libertad contractual y descartar el derecho al secreto bancario como parte integrante del contenido esencial del derecho a la intimidad personal; entre otros casos.

Estos tres elementos constituyen el “núcleo duro” del derecho fundamental a la pensión, por lo tanto, el legislador no podrá emitir norma alguna que limite su correcto ejercicio.

Cabe precisar que en los fundamentos 107 y 108 del fallo, el Tribunal Constitucional reconoce la existencia de otros elementos que también formarían parte del derecho a la pensión, agrupándolos de manera complementaria en: no esenciales (reajustes y topes) y adicionales (pensiones de sobrevivientes). Estos sí podrán ser revisados y regulados por el legislador para su libre configuración normativa.

3. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a pensión

Los derechos fundamentales requieren de un instrumento que les brinde tutela ante una vulneración o amenaza inminente de agresión, por ello, el Derecho Constitucional prevé la jurisdicción constitucional: procesos judiciales ad hoc mediante los cuales, a través de pretensiones diferenciadas según el derecho protegido, podrá recurrirse al Poder Judicial para reclamar frente a un derecho afectado: acción de amparo, hábeas corpus, etc.

El contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental está constituido por los supuestos que –al derivarse de su contenido esencial– merecen ser tutelados en la sede judicial a través del proceso de amparo constitucional.

Con esto, se busca restringir el acceso a la vía del amparo constitucional, reservándola solo para aquellas pretensiones en que el derecho constitucional sea la esfera subjetiva afectada, mas no para los casos en los cuales se busca proteger derechos legales que, por más que estén relacionado al derecho en cuestión, deban ser reclamadas en sede judicial ordinaria (civil, penal, laboral, etc.), al no derivar directamente del contenido esencial.

En el fallo recaído en el Exp. N° 01417–2005–PA/TC⁽¹⁷⁾, el Tribunal Constitucional –tomando como referente los elementos que conforman su contenido esencial– definió el contenido constitucionalmente protegido del derecho a pensión, al precisar (fundamento 37) los reclamos que podrían ser planteados a través del proceso de amparo:

(17) Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2005. Proceso de amparo seguido por Manuel Anicama Hernández contra la ONP.

- a) Los supuestos en que, habiendo la persona cumplido los requisitos legales para iniciar el periodo de aportes al SNP, se deniegue el acceso a la seguridad social.
- b) Los supuestos en los que se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de cesantía, jubilación o invalidez, pese a haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad, años de aportación, etc.).
- c) Los supuestos en que la pretensión esté relacionada con el monto específico de la pensión, del sistema previsional público o privado, cuando esté comprometido el derecho al mínimo vital⁽¹⁸⁾.
- d) Los supuestos en los que se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de sobrevivencia (viudez, orfandad o ascendiente), pese a haber cumplido los requisitos legales para obtenerla.
- e) Los supuestos en que se afecte el derecho a la igualdad, cuando ante la ausencia de bases razonables, proporcionales y objetivas, se brinde un tratamiento disímil –en el libre acceso a prestaciones pensionarias– a personas que se encuentren en situación idéntica o sustancialmente análoga.

Los reclamos pensionarios que no estén relacionados con dichos supuestos tendrán que ser formulados en la vía judicial ordinaria.

Este fallo redujo la cantidad de demandas en materia pensionaria, interpuestas en la vía del amparo, pero no los reclamos judiciales en sí, que representan la principal carga del Poder Judicial⁽¹⁹⁾, ahora formulados masivamente en la vía contencioso-administrativa.

(18) Tomando como referente objetivo el monto más alto de la pensión mínima (S/. 415.00), fijado por la Ley N° 27617, podrán acudir a la vía judicial del amparo constitucional aquellas personas cuya pensión sea menor a dicho monto. Quienes perciban un monto igual o mayor deberán recurrir a la vía judicial ordinaria, a menos que, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su solución en vía constitucional para evitar consecuencias irreparables, por ejemplo: los supuestos acreditados de graves estados de salud. En esta excepción se incluyó posteriormente a las personas de edad avanzada: 80 años o más.

(19) Cerca del 60 %, según las Memorias Institucionales del 2011 y 2012. Cabe recordar que con la antigua Ley de Hábeas Corpus y Amparo (Ley N° 23506) la mayoría de litigantes recurrían al Poder Judicial a través de procesos constitucionales, por celeridad y restringido cotejo probatorio, pese a que debían formular sus reclamos en las vías ordinarias. La causal de improcedencia

IV. UN INTENTO DE ADECUACIÓN DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES A LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. El desarrollo teórico de la discusión

Desde que fuera aplicado como un sistema de pensiones obligatorio en Chile, se ha debatido teóricamente si el SPP forma –o no– parte de la seguridad social.

La mayoría de autores considera, en términos que compartimos, que al carecer de solidaridad intrínseca, es un mecanismo de aseguramiento o administración privada de los fondos de pensiones, más no un régimen previsional, en estricto.

Revisemos algunas opiniones al respecto, a fin de evaluar la posibilidad de encontrar un punto medio en esta discusión.

Pestieau⁽²⁰⁾ reconoce que las reformas pensionarias con cierto grado de capitalización son indispensables, aunque representen una más grande toma de riesgos y un costo para algunos, por lo tanto, al no existir unanimidad de la sociedad (personas con ingresos bajos, medios y altos), debería formar parte del pilar complementario, pues algunos no quieren que esté presente la menor incertidumbre bursátil vinculada a la garantía de una pensión decente, independiente de los riesgos financieros.

Dicho autor sostiene que las personas con ingresos bajos se han beneficiado con la distribución –inter e intrageneracional– de los modelos de reparto, en detrimento de los grandes aportantes, pero que en la actualidad existe un enfoque más individualista de la jubilación, que es incompatible con la regla de perecuación (reparto igualitario). Si bien una unidad monetaria sustraída a la deuda pública y añadida a los derechos pensionarios tendría un efecto neutro, lo cierto es que no se puede pasar a la capitalización sin que el Estado tenga que financiar –en todo o parte– las prestaciones de dicha transición⁽²¹⁾.

del inciso 1 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) pretende reducir este fenómeno (amparización), para lo cual requiere que el Tribunal Constitucional delimite el contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido de cada derecho fundamental.

(20) PESTIEAU, Pierre. “La reforma del sistema de pensiones. Reparto, capitalización y mercados financieros”, pp. 128-129.

(21) *Ibidem*, pp. 121-122.

Gruat⁽²²⁾ precisa que en los procesos de reforma de pensiones –como el SPP– se deben de aplicar los principios de la seguridad social aceptados internacionalmente, pues por más que se invoquen problemas estructurales vinculados a factores internos y externos, debe tenerse en cuenta que el objetivo central de cualquier cambio tiene que ser el procurar una pensión mayor y mejor para los trabajadores, lo que no está reñido con la búsqueda de fuentes de financiamiento sostenible o una adecuada gestión de los sistemas, por lo tanto, la normativa vinculada a la reforma debe contrastarse con las reglas aprobadas por el Convenio N° 102 de la OIT y los demás instrumentos internacionales que fijan los valores superiores del Derecho social.

En sede nacional, Pasco⁽²³⁾ señala que la seguridad social se basa –naturalmente– en sus principios, que al ser confrontados con el SPP nos muestran no solo un desajuste, sino una total contradicción, pues los regímenes privados no conllevan a la universalidad, a pesar de que la misma no les resulte ajena o incompatible, al orientarse la captación de sus afiliados a los sectores privilegiados, aunque sin llegar a la marginación –prohibida por ley–, sin embargo, es en la solidaridad donde se encuentra el criterio diferenciador, por excelencia, pues mientras la seguridad social procura repartir los ingresos de forma justa, equilibrando las diferencias en busca del bienestar colectivo, el SPP se sustenta en la individualidad, segregando toda transferencia interna de recursos y condicionando el monto de las prestaciones a la medida exacta de los aportes personales.

En tal sentido, concluye que –desde el punto de vista principista– el SPP no sería parte de la seguridad social, sin embargo, añade que no atribuirle la condición de instrumento o modalidad de dicha ciencia, es apenas una constatación, mas no un juicio de valor, pues no se puede desdeñar que el SPP redujo algunos factores que influyeron en el fracaso de los sistemas de reparto. Constituiría, por lo tanto, un mecanismo distinto y paralelo, basado en criterios, principios y métodos diferentes para enfrentar el riesgo social, no desde una perspectiva solidaria y redistributiva, sino en función exclusiva del esfuerzo y el aporte personal e individualizado.

(22) GRUAT, Jean-Victor. “Pertinencia, principios de la seguridad social y reforma de las pensiones”, pp. 25-27.

(23) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “¿Son los Sistemas Privados de Pensiones formas de la Seguridad Social?”, pp. 177-179.

Para Gonzáles⁽²⁴⁾, el SPP no es ni pretende constituirse en uno de seguridad social, pues su concepción y desarrollo se encuentra en las antípodas de las bases que la sustentan, por lo tanto, al carecer de su rasgo más distintivo –la solidaridad–, no es más que una expresión lograda de un modelo de aseguramiento social. Precisa, dicho autor, que si bien ello no lo descalifica como un mecanismo previsional, es una precisión doctrinal que es fundamental al analizar nuestro sistema pensionario.

Desde su perspectiva⁽²⁵⁾, ni siquiera la existencia de una pensión mínima en el SPP, que es pagada con un bono de reconocimiento (BRPM) financiado por el Tesoro Público, puede llevar a sostener válidamente que dicho sistema sea parte de la seguridad social, pues este beneficio solo demuestra la solidaridad de todos los peruanos con dicho régimen, mas no una solidaridad intrínseca de sus propios participantes (afiliados).

El SPP fue concebido como una alternativa que otorgó al Estado un importante alivio económico, en el tiempo, pues ya no tuvo que afrontar la pesada carga (financiera) que representaba atender el pago de las pensiones de un importante contingente de personas, que pasaron del SNP al régimen privado, traspaso que contó con un claro respaldo estatal. En su opinión, la introducción del SPP constituyó la debilitación del derecho a la seguridad social brindada por el Estado⁽²⁶⁾.

En esa misma línea, Vidal y Sánchez⁽²⁷⁾ reconocen que en la Constitución no se regula expresamente un mecanismo determinado de financiamiento de la seguridad social, sin embargo, al precisar la Cuarta Disposición Final y Transitoria que las normas relativas a los derechos y libertades se interpretan de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, debemos respetar los criterios fijados por el Convenio N° 102 de la OIT (Normas Mínimas de la Seguridad Social, 1952), en el cual se dispone que la administración debe ser colectiva y con una finalidad redistributiva, lo cual no es cumplido por el SPP.

Añaden dichos autores, que las medidas implementadas posteriormente por el Estado, para paliar las debilidades del SPP, son parciales y no

(24) GONZÁLES HUNT, César. “El Sistema Privado de Pensiones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, pp.15–16.

(25) *Ibidem*, p. 93 (Infra 88).

(26) *Ibidem*, p. 32.

(27) VIDAL, Álvaro y SÁNCHEZ, Christian. “Sistema Privado de Pensiones y derecho a la seguridad social”, pp. 970-971.

configuran un contenido solidario institucional que permita calificarlo como un mecanismo de seguridad social.

Por su parte, Cruz Saco⁽²⁸⁾ considera que en el SPP no existe el concepto de solidaridad o redistribución. Las CIC eliminan la redistribución intergeneracional, al no estar reguladas comisiones para extender la cobertura a los grupos de menores ingresos.

La desconfianza y el excesivo costo motivan –en su opinión– que un grupo considerable de trabajadores no se afilie al SPP o procuren evadir la obligatoriedad. Incluso aquellos con altos ingresos prefieren redefinir su categoría laboral para no ser parte del sistema, optando por ahorrar, invertir o adquirir seguros de vida u otros productos previsionales con beneficios y precios más competitivos, incluso del extranjero.

Nuestra apreciación, coincidente con la de estos autores, es que existe una contradicción manifiesta al principio de solidaridad, cuya aplicación indirecta no puede ser invocada a través del otorgamiento de beneficios como la pensión mínima, la libre desafiliación, la jubilación anticipada y los diversos tipos de bonos existentes, al ser prestaciones que el Estado tendrá que asumir –parcial o totalmente– con cargo al Tesoro Público, no mediante mecanismos de solidaridad intrínseca, a cargo de sus propios afiliados o de las AFP.

No existe solidaridad indirecta o implícita en un régimen carente de redistribución.

Esta conclusión, sin embargo, no implica sustraer totalmente al SPP del ámbito teórico de la seguridad social, pues –en un sentido amplio– es un mecanismo de aseguramiento o administración privada de fondos de pensiones que, al ser instaurado por el Estado, formaría parte del sistema previsional, por lo tanto, tiene un carácter público inherente del cual no se puede desligar. En tal sentido, consideramos que podría ser reconocido como una moderna manifestación de la seguridad social, sujeta a criterios y reglas diferentes a las tradicionales, dentro de un ámbito que sería denominado “cuasi previsional”.

Cabe mencionar que en algunos países de Europa –Suecia, Italia, Letonia, Polonia, entre otros– se viene utilizando desde mediados de los noventa un mecanismo alterno al reparto (SNP) y la capitalización individual (SPP),

(28) CRUZ SACO OYAGUE, María. “¿Capitalización para quién? La industria de las AFP”, p. 46.

que es conocido como el sistema de contribución definida nocional o no financiera, que constituye una suerte de aplicación conjunta de ambos modelos, bajo un esquema de actualización actuarial, en el que los ingresos de los trabajadores son registrados –durante toda su vida laboral– en una cuenta individual, sujetos a una tasa fija, a la cual se aplica un tasa interna de retorno.

El fondo de pensiones no es invertido en instrumentos financieros –como en el SPP– y se le aplican reglas y características de recambio generacional similares a las del sistema de reparto tradicional (*pay as you go*)⁽²⁹⁾.

Consideramos que dicho modelo no podría ser implementado en nuestra realidad, sin las adecuaciones legislativas de control correspondientes, pues –al ser administrado por el Estado– podría tener el mismo destino que el SNP; además, las variables que afectaron a los sistemas de reparto en Europa –principalmente demográficas–, no aplican en el caso peruano, en que los factores negativos principales están relacionados a la informalidad del mercado laboral, la evasión del pago de los aportes previsionales, entre otros.

2. El desarrollo jurisprudencial de la discusión

Podemos afirmar que en las últimas dos décadas la jurisprudencia ha jugado un papel de suma importancia en el tema pensionario, al punto que se han dictado normas legales que en forma expresa han asumido los criterios fijados por el Tribunal Constitucional, como se aprecia de las Leyes N° 27561, N° 28407 y N° 29711, o el Decreto Supremo N° 150-2008-EF. Los precedentes vinculantes han originado cambios de criterio –de larga data– en la interpretación y aplicación de figuras previsionales de los diversos regímenes.

En el sistema de Derecho romano-germánico, al cual pertenece el Derecho peruano, la ley es la fuente principal del Derecho. La jurisprudencia, entendida como la decisión del más alto tribunal del país que al resolver en instancia final un caso concreto establece un principio o doctrina, complementa al ordenamiento jurídico, por lo tanto, sería una fuente indirecta del Derecho, sin embargo, en materia previsional es hoy una fuente principal.

Para determinar la existencia de un precedente jurisprudencial vinculante nos debemos referir al artículo 400 del Código Procesal Civil o al

(29) PALMER, Edward. “¿Qué es el sistema de contribución definida nocional?”, pp. 21–23. Dicho autor considera que este modelo tiene como origen el trabajo de James Buchanan titulado “Social insurance in a growing economy: A proposal for radical reform” (1968).

artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), norma esta última que el Tribunal Constitucional ha utilizado los últimos años para emitir sentencias normativas en las que se han delimitado algunos principios fundamentales relacionados al SNP y el SPP.

En cuanto a la discusión que nos convoca, respecto a definir si el SPP es parte –o no– de la seguridad social, inicialmente el Tribunal Constitucional se manifestó expresamente en contra de dicha posibilidad, en el fundamento 140 del fallo recaído en el Exp. N° 00050-2004-AI/TC, al calificar a dicho régimen como un “seguro privado”, como se aprecia de la transcripción literal del referido considerando:

140. (...)

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, y de otro, sobre pautas objetivas reveladoras de un estado de necesidad.

Esta postura negativa, sin embargo, fue variada dos años después, cuando en el fallo del Exp. N° 01776-2004-AA/TC⁽³⁰⁾, sobre desafiliación del SPP por causales, precisó que, a pesar de ser administrado por empresas privadas, el nuevo régimen formaba parte del sistema pensionario, analizando el caso específico a partir del supuesto previsto por el literal a del fundamento 37 del Exp. N° 01417-2005-PA/TC, a pesar de que estaba referido a los aportes del SNP, sin hacer mención alguna al SPP. Veamos lo expuesto:

6. Ahora bien, a entender del TC, el proceso de amparo sí resulta ser la vía idónea para resolver el caso de autos, dado que en él se debe analizar la existencia de un derecho fundamental como es el libre acceso a las prestaciones de pensiones, y, determinar si este fue vulnerado por las instituciones demandadas bajo el amparo de la legislación correspondiente. (...)

(30) Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 20 de febrero de 2007. Proceso de amparo seguido por Victor Morales Medina contra la SBS y AFP Unión Vida.

20.

b. (...)

La administración y ejecución de prestaciones de pensiones a través de agentes privados no subvierte la condición de prestaciones que forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión. (...) Importa señalar que aun cuando la administración y las prestaciones de pensiones están en manos de agentes distintos del Estado, no por ese hecho este último deja de tener la condición de sujeto pasivo del derecho a la pensión y, en ese sentido, carece de obligaciones para con él. (...)

21. *Frente a la existencia del rol asignado al Estado, se reconoce la existencia de un SPP, el mismo que incluye a las AFP como destinatario novedoso del derecho a la pensión, en tanto observación explícita de la drittwirkung –eficacia frente a terceros– de los derechos. Las AFP son los nuevos responsables de la prestación exigida constitucionalmente, pero siempre el principal obligado de asegurar el acceso a la prestación es el Estado. Por tal razón, se señaló en el fundamento 69 la sentencia recaída en el Exp. N° 0050-2004-AI/TC y otros que el artículo 11 de la Constitución reconoce sistemas diferenciados, pero es en el SPP cuando es necesario que las reglas desiguales con respecto a los sistemas públicos se homologuen en cuanto a sus objetivos básicos (libre acceso, retiro y pensión digna), convirtiéndose este en parte de los desafíos de las políticas gubernamentales. Por decirlo así, el sistema pensionario no cambia de naturaleza jurídica por el hecho de que sea administrado por el Estado o por agentes privados o mixtos. Sigue siendo el mismo tipo de prestación, de manera que el Estado, con relación al SPP, no solo debe promoverlo, sino también ha de establecer las características y condiciones mínimas que no lo desvirtúe.*

Este nuevo punto de vista, a favor de considerar al SPP dentro del sistema pensionario y de la seguridad social, fue ratificado dos años más tarde, en la sentencia recaída en el Exp. N° 00014-2007-AI/TC⁽³¹⁾, proceso de inconstitucionalidad formulado contra la Ley N° 28991, en cuyos fundamentos 36 y 39 se indica expresamente que el SPP –a pesar de la capitalización

(31) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de mayo de 2009.

individual– es un sistema de seguridad social al cual le resulta aplicable el principio de solidaridad. Si bien esta afirmación se realiza para justificar el riesgo compartido por las pérdidas derivadas de las inversiones de las AFP, con ocasión de la crisis financiera internacional de 2008, lo relevante es la precisión en el sentido de pertenencia del SPP dentro del ámbito de la seguridad social. Veamos lo expuesto:

§7. Deber constitucional de las AFP de compartir el riesgo en la administración de los fondos privados de pensiones.

36. Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, existen motivos de relevancia constitucional por los que el Tribunal Constitucional considera constitucionalmente necesario que el legislador y los organismos competentes como la SBS, modifiquen sensiblemente el tratamiento normativo de las referidas comisiones. (...)

En tercer lugar, bajo este marco constitucional, debe tenerse presente que, sin perjuicio de reconocer que en un SPPrP, a diferencia de lo que ocurre en un SPuP, la capitalización del fondo de aportes es individualizada, tratándose también de un sistema de seguridad social, el principio de solidaridad debe ser considerado como elemento básico de su funcionamiento.

39. (...) en aplicación del principio de solidaridad perteneciente al núcleo esencial de la garantía institucional de la seguridad social (artículo 10 de la Constitución), es constitucionalmente necesario que el riesgo de la inversión realizada con los recursos del fondo privado de pensiones sea también afrontado, solidariamente, con el patrimonio de las AFP, representado por el cobro de las comisiones de administración.

Como se aprecia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional –con relación a este tema– ha sido cambiante, pues luego de rechazar en un inicio al SPP como parte integrante de la seguridad social, varió su criterio, a efectos de habilitar su pronunciamiento respecto a la desafiliación de las AFP, postura ratificada finalmente en el 2009.

Ello demuestra la ausencia de una tendencia uniforme y un riesgo jurídico latente, pues el solo cambio de los magistrados de dicho tribunal conlleva la posibilidad que criterios relevantes en materia pensionaria sean modificados radicalmente, lo que representa una obvia preocupación respecto al destino final del sistema previsional en general, pues una premisa esencial

para su correcto funcionamiento radica en la estabilidad de sus reglas y el respeto de sus parámetros teóricos en el tiempo.

V. CONCLUSIONES

1. Desde que fuera aplicado como un sistema de pensiones obligatorio en Chile, se ha debatido teóricamente si el SPP forma –o no– parte de la seguridad social.
2. La mayoría de autores considera que al carecer de solidaridad intrínseca el SPP es un mecanismo de aseguramiento o administración privada de los fondos de pensiones, más no un régimen previsional, en estricto.
3. En cuanto a esta discusión, inicialmente el Tribunal Constitucional se manifestó expresamente en contra de dicha posibilidad en el fundamento 140 del fallo recaído en el Exp. N° 00050-2004-AI/TC, al calificar a dicho régimen como un “seguro privado”.
4. Esta postura negativa fue variada dos años después, cuando en el fallo del Exp. N° 01776-2004-AA/TC, sobre desafiliación del SPP por causales, precisó que, pese a ser administrado por empresas privadas, el nuevo régimen formaba parte del sistema pensionario (fundamentos 6, 20 y 21).
5. Este nuevo punto de vista, a favor de considerar al SPP dentro del sistema pensionario y de la seguridad social, fue ratificado dos años más tarde, en la sentencia recaída en el Exp. N° 00014-2007-AI/TC, proceso de inconstitucionalidad formulado contra la Ley N° 28991, en cuyos fundamentos 36 y 39 se indica expresamente que el SPP –a pesar de la capitalización individual– es un sistema de seguridad social al cual le resulta aplicable el principio de solidaridad.
6. Nuestra opinión, es que existe una contradicción manifiesta al principio de solidaridad, cuya aplicación indirecta no puede ser invocada a través del otorgamiento de beneficios como la

pensión mínima, la libre desafiliación, la jubilación anticipada y los diversos tipos de bonos existentes, al ser prestaciones que el Estado tendrá que asumir –parcial o totalmente– con cargo al Tesoro Público, no mediante mecanismos de solidaridad intrínseca, a cargo de sus propios afiliados o de las AFP.

7. Esta conclusión, sin embargo, no implica sustraer totalmente al SPP del ámbito teórico de la seguridad social, pues –en un sentido amplio– es un mecanismo de aseguramiento o administración privada de fondos de pensiones que, al ser instaurado por el Estado, formaría parte del sistema previsional, por lo tanto, tiene un carácter público inherente del cual no se puede desligar. En tal sentido, consideramos que podría ser reconocido como una moderna manifestación de la seguridad social, sujeta a criterios y reglas diferentes a las tradicionales, dentro de un ámbito que podría ser denominado “cuasi previsional”.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO REVILLA, César. “El contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión”. En: *Laborem*. N° 6, Revista de la SPDTSS, Lima, 2006.

ABANTO REVILLA, César. *Manual del Sistema Privado de Pensiones*. Gaceta Jurídica Lima, 2013.

BANCO MUNDIAL. *Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento*. Oxford University Press, Washington, 1994.

CRUZ SACO OYAGUE, María. “¿Capitalización para quién?: La industria de las AFP”. En: *Apuntes*. N° 45, Revista del Centro de Investigación (Universidad del Pacífico), Lima, 1999.

GONZÁLES HUNT, César. *El Sistema Privado de Pensiones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. ARA Editores, Lima, 2013.

GRUAT, Jean-Victor. “Pertinencia, principios de la seguridad social y reforma de las pensiones”. En: VV.AA. *Pensiones en América Latina. Dos décadas de reforma*. 2ª ed., OIT, Lima, 1999.

PALMER, Edward. “¿Qué es el sistema de contribución definida nacional?”. En: VV.AA. *Fortalecer los sistemas de pensiones latinoamericanos. Cuentas individuales por reparto*. Cepal, Bogotá, 2008.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “¿Son los sistemas privados de pensiones formas de la seguridad social?”. En: VV.AA. *Las reformas de la seguridad social en Iberoamérica*. OISS, Madrid, 1998.

PESTIEAU, Pierre. “La reforma del sistema de pensiones. Reparto, capitalización y mercados financieros”. En: *Economía*. N° 42, Revista del Departamento de Economía (PUCP), Lima, diciembre de 1998.

VALDÉS PRIETO, Salvador. *Políticas y mercados de pensiones*. Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2002,.

VIDAL, Álvaro y SÁNCHEZ, Christian. “Sistema Privado de Pensiones y derecho a la seguridad social”. En: *Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional*. Ponencias del II Congreso Nacional de la SPDTSS, Arequipa, 2006.

LA DEROGACIÓN DE LA AFILIACIÓN OBLIGATORIA DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES A LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

César Gonzáles Hunt⁽¹⁾

Mariella Antola Rodríguez⁽²⁾

En el año 2012 se promulgó la Ley N° 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, que trajo consigo una serie de medidas innovadoras en torno a los regímenes previsionales en el Perú. Una de ellas estuvo relacionada con la incorporación dentro de la Seguridad Social en pensiones del Perú de los independientes menores de 40 años de edad, quienes representan un sector importante de la población del país.

Si bien el propósito de la medida fue mejorar el futuro de los nuevos partícipes del sistema, en relación con la garantía de una pensión que procure su subsistencia en etapas de necesidad (como la vejez o invalidez), la acogida por parte de los independientes no fue la esperada. Inicialmente, se cuestionó la forma de implementación, calificándola de abrupta y elevada, lo que llevó a que se tomaran medidas que redujeron los porcentajes de

-
- (1) 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.
- (2) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Adjunta de docencia del Curso Laboral Especial de la Facultad de Derecho y del Curso de Seguridad Social en la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

aportación, estableciendo escalones en función de los ingresos y difiriendo la entrada en vigencia de la medida.

Quizá la esperanza de esta última fue crear conciencia en aquellos independientes que calificaban como afiliados obligatorios, a efectos de que llegado el 1 de agosto de 2014 empezaran con los aportes previamente dispuestos. Sin embargo, diferente fue el resultado, toda vez que el reclamo referido a que el recorte en los ingresos mensuales era una afectación en el patrimonio de los independientes, prevaleció ante la urgente necesidad de contar con un sistema de Seguridad Social mucho más amplio en su extremo subjetivo.

Por ello, el 17 de setiembre de 2014 se expidió la Ley N° 30237 que derogó los artículos 8 y 9 de la Ley N° 29903, y en consecuencia se dejó sin efecto la disposición que obligaba a los independientes menores de 40 años a aportar obligatoriamente a un sistema previsional.

A partir de ello es que consideramos relevante analizar el impacto de este primer avance y posterior retroceso en el camino que el Perú viene trazando hacia la consolidación de un régimen de Seguridad Social en pensiones.

I. CUESTIÓN PREVIA: CONSIDERACIONES EN TORNO A LA SEGURIDAD SOCIAL

La historia de la Seguridad Social nos presenta una serie de cambios que se han producido en el tiempo con relación a la previsión social, partiendo desde conceptos primarios, en los que la organización y el compromiso con la sociedad eran ideas inexistentes o remotas; siguiendo por esquemas más consolidados en cuanto a la integración y participación de distintos individuos, hasta llegar al escenario ideal, conocido como Seguridad Social y cuyo origen le es atribuible a Sir William Beveridge, quien en 1942 ideó un modelo de previsión social que cubriera a todos los seres humanos, por su sola condición de serlo, frente a todos los estados de necesidad que pudieran surgir, desde *la cuna hasta la tumba*.

La evolución que ha identificado la consolidación de la Seguridad Social como sistema de previsión social ha sido recogido por Monereo Pérez quien sostiene que: “*Es la seguridad social, la síntesis de múltiples esfuerzos en vistas de corregir las consecuencias de los mecanismos económicos para*

adoptar los recursos de los individuos y de sus familias a sus necesidades teniendo en cuenta las circunstancias cambiantes de todo tipo"⁽³⁾.

Múltiples han sido las definiciones que se han ensayado con relación al concepto de Seguridad Social, no obstante considero como la más lograda, la propuesta por la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS), según la cual, la Seguridad Social surge *con una dimensión humanista e integral, universal y solidaria, uniendo dentro de ella a la Previsión, la Protección y cualquier otro sistema que pudiera establecerse para mejorar las condiciones de salud, sociales, culturales y económicas del trabajador y su familia, orientada al logro del bienestar general y a la satisfacción de todas las necesidades*⁽⁴⁾.

En otras palabras, la Seguridad Social es aquella figura que se llega a consolidar luego de que a lo largo del tiempo se fueron estableciendo medidas de protección para el ser humano, pero de forma dispersa en cuanto su ámbito subjetivo y objetivo. Es así que la Seguridad Social nace con el propósito de unificarlas, disponiendo un único régimen de protección suficiente, oportuna y adecuada.

A su vez, busca cubrir todos los estados de necesidad que el ser humano puede tener a lo largo de su vida, incluso aquellos que no han sido previstos aún. Asimismo, pretende incluir dentro de su ámbito de aplicación a toda persona, sin distinción por el rol que desempeña en la sociedad o sus características particulares, simplemente otorgándole la cobertura necesaria, cuando la requiera, por su sola condición de ser humano. Esto implica, necesariamente, contar con medios que permitan hacer sostenible el sistema que pretende la Seguridad Social, por lo cual esta cuenta con un patrimonio independiente del Estado, cuyo único objetivo es otorgar la protección que cada individuo requiera para afrontar los riesgos y contingencias que se presentan en la vida, en el momento que sea. Básicamente, la financiación de este fondo se conforma por las aportaciones de sus afiliados, quienes en un modelo ideal, involucra a la totalidad de las personas. Sin embargo, otros factores externos a estas cotizaciones, como aportaciones estatales, acciones,

(3) MONEREO PÉREZ, José Luis. "La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social". En: *Relaciones Laborales*. Segundo Semestre 2001, p. 48.

(4) CONFERENCIA INTERAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL. *La Seguridad Social en el Perú*. Secretaria General del CISS. México D.F., 1994. p. 29.

derechos y bienes, y sus frutos, intereses y productos⁽⁵⁾, serán elementales para incrementar el patrimonio de la Seguridad Social.

La Seguridad Social no ha sido ajena a la evolución de las sociedades, por lo que ha tenido que sufrir modificaciones para acomodarse a las nuevas realidades, enmarcándose en concepciones más modernas que la sitúan como componente esencial de un sistema más amplio: el de la protección social integral. Bajo esta perspectiva, se concibe que es un fin mayor el que se pretende con los aspectos institucionales y administrativos que la conforman, el mismo que envuelve al bienestar general. Además, se busca que la Seguridad Social y sus componentes constituyan una columna de los derechos humanos fundamentales. En ese sentido, se ha expresado la OIT, través de uno de sus más recientes informes mundiales, quien adopta esta perspectiva y ubica a la Seguridad Social dentro del concepto de seguridad del ingreso, del sostenimiento de las familias⁽⁶⁾.

En el Perú se han concebido sistemas de Seguros Sociales antes que de Seguridad Social, lo que ha generado que se hayan establecido protecciones determinadas y limitadas a un grupo específico de ciudadanos, centralmente a trabajadores y sus derechohabientes. No obstante, no podemos dejar de lado que el propósito de estos ha sido y es lograr consolidarse como un sistema de Seguridad Social, por lo que el desarrollo que se debe intentar conseguir a lo largo del tiempo debe encontrarse dirigido hacia una mejora antes que de un retroceso.

En este punto resulta trascendente destacar que la consolidación de uno u otro sistema de previsión social parte siempre de una estructura de pilares, a los que hemos conocido como principios. Si bien estamos antes regímenes de protección de diferente configuración y envergadura, no podemos olvidar que el Seguro Social es el antecedente inmediato de la Seguridad Social, así como que este último es el modelo al que aspira el primero, motivo por el cual ambos sistemas comparten, en cierto punto, tales cimientos. En otras palabras, las bases que soportan a los seguros sociales serán las mismas bases que, en un estadio superior y conjuntamente con algunas otras, serán las que consoliden a la Seguridad Social.

(5) ALMANZA PASTOR, José. *Derecho de la Seguridad Social*. 6ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1989, pp. 544 y 546.

(6) OIT, World Labour Report 1999-2000. "Income Security in a Changing World", Geneve, 2000. Citado por BERNEDO ALVARADO, Jorge. En: *Ganancia para algunos y desprotección para todos*. Bocetos, Lima, 2000, p. 11.

II. PARTICULARIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como bien lo precisa Joaquín Aparicio Tovar, *la aproximación a una idea de Seguridad Social tiene como punto de partida la afirmación ya hecha anteriormente de que se trata de una institución que tiene como fin la garantía de la permanencia y la continuidad en el alivio de los estados de necesidad que en determinados momentos pueden verse los individuos, dando así seguridad a su existencia*⁽⁷⁾.

Es decir, el fin último que persigue la Seguridad Social es el bienestar del ser humano, en toda etapa de su vida, con el único propósito de garantizar su subsistencia. Sin embargo, ello no puede ser posible si es que no existe una base sólida que permita concretar los objetivos que se persiguen.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la Seguridad Social es una institución abstracta que se materializa por medio de dos tipos específicos de prestaciones: de salud y económicas. Estas últimas se identifican –entre otras– a través del pago de las pensiones, las mismas que son la caracterización por excelencia de la Seguridad Social. Así, es en esta concepción de protección social integral que las pensiones se insertan como prestaciones económicas periódicas derivadas de las contingencias producidas por la invalidez, la vejez o el fallecimiento.

De otro lado, debe anotarse que el sistema que articula a la Seguridad Social es el denominado sistema de reparto, mediante el cual los asegurados cotizan a un fondo común, a través del cual obtendrán las prestaciones correspondientes al momento de su jubilación; estableciéndose a la vez, una pensión mínima para todos los asegurados. De ese modo, los trabajadores de menores ingresos obtienen una prestación mayor de la que hubieran obtenido de su ahorro personal, mientras que la prestación obtenida por los trabajadores de ingresos elevados, es menor a la que les correspondería recibir por su contribución efectiva al régimen.

(7) APARICIO TOVAR, Joaquín. “La Seguridad Social, pieza esencial de la democracia”. En: *La Seguridad Social a la Luz de las Reformas Pasadas, Presentes y Futuras: Homenaje al Profesor José Vida Soria, con motivo de su jubilación*. Granada, España, 2008, p. 125.

III. DE LOS PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN A LA SEGURIDAD SOCIAL

Son diversos los principios sobre los cuales se sostiene la Seguridad Social, los que darán contenido y forma a los propósitos de las instituciones que respaldan. Dentro de esta gama de múltiples pilares, los que cimientan a este instituto son: universalidad, solidaridad, progresividad, integridad, unidad e internacionalidad. De no ser posible la identificación de alguno de estos principios, se evidenciará entonces que el sistema no es uno propio de Seguridad Social.

Tal como he señalado anteriormente, la perspectiva de los seguros sociales es siempre la de consolidarse como un sistema de Seguridad Social, en el entendido de conseguir la protección de todos los miembros de una misma sociedad en todas las etapas de su vida y en los distintos estados de necesidad.

Es probable que en algunas ocasiones estos principios resulten ser coincidentes en algunas otras instituciones, empero la diferencia con la Seguridad Social recaerá básicamente en el principio que la identifica por excelencia: el de solidaridad. La ausencia de este implica la inexistencia de un sistema de Seguridad Social propiamente dicho, puesto que este es reconocido como principio medular. Del mismo modo, deberá efectuarse un análisis prolijo de los demás pilares, con el fin de identificar otras aristas que son propias de la Seguridad Social y que de ninguna manera podrían dejarse de lado a efectos del desarrollo de dicho instituto.

Sin perjuicio de lo anterior, a efectos del presente informe, resulta relevante revisar los principios de solidaridad, universalidad y progresividad.

1. De la solidaridad

Tal como lo resume Grzetich Long, el principio de solidaridad *supone que toda la población contribuya a la financiación del sistema de acuerdo a sus posibilidades, sin que deba existir otra expectativa subjetiva.*

En efecto, es sobre el principio de solidaridad que el sistema de reparto sustenta su funcionamiento. Así, las sumas aportadas por los cotizantes al régimen pensionario son destinadas a un Fondo de Pensiones que es utilizado para abonar las pensiones de –entre otros– los incapacitados o jubilados. De ese modo, “la ley concibe a la Seguridad Social como una tarea nacional, que impone sacrificios a los jóvenes respecto de los viejos,

a los sanos respecto de los enfermos, a los ocupados respecto de los que están sin empleo”⁽⁸⁾.

Podría señalarse que la solidaridad busca una transferencia de recursos de los sectores más favorecidos hacia aquellos con menos ingresos, de las contingencias menos onerosas hacia las que generan mayor gasto, de las personas más alejadas del riesgo hacia las más cercanas a este, por lo que la Seguridad Social procura no solo ser un mecanismo de protección sino que también crea un proceso que entraña una redistribución de la renta nacional y a través de ello, logra una elevación de la calidad de vida de la población⁽⁹⁾.

Se deja de lado el interés individual para pasar a un objetivo comunitario. Si bien el ser humano actúa en su quehacer diario para lograr metas propias que le reporten un beneficio particular, el principio de solidaridad transforma dicho interés en un mecanismo de asistencia compartida. Así, de un lado el miembro de la comunidad aportará al sistema en la expectativa de conseguir la protección que requiera en el momento que esto suceda; mientras que, desde otra arista del mismo principio, esta contribución realizada por el partícipe del sistema permite que otros individuos vean satisfechas sus pretensiones y aliviados sus infortunios.

En buena cuenta, este principio está directamente vinculado con el régimen de financiamiento que lo sustenta y permite cumplir con el rol social que se le atribuye: contribuir con el bienestar de la población. Este es un aspecto medular en la subsistencia del sistema y en su proyección en el tiempo. Por lo que, en síntesis, no es posible admitir una Seguridad Social sin financiamiento⁽¹⁰⁾.

En consecuencia, el principio de solidaridad se convierte en la base más sólida y reconocida de la Seguridad Social. Como lo enuncia Plá Rodríguez, *sin solidaridad no puede haber Seguridad Social*⁽¹¹⁾.

(8) ALMANZA PASTOR, José. Ob. cit., p. 121.

(9) PASCO COSMÓPOLIS, 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, p. 170.

(10) En el Perú diversas sentencias del Tribunal Constitucional han puesto de relieve la vinculación entre el elemento económico y el régimen previsional dentro de las políticas legislativas. A tal efecto, cabe hacer mención en forma particular al Décimo Cuarto Considerando de la sentencia del 27 de junio de 2003, expedida en el Exp. N° 002-2003-AI/TC, en una de las acciones de inconstitucionalidad seguidas contra los artículos 1, 2, 4 y 5 de la Ley N° 27617.

(11) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Estudios de la Seguridad Social*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1999, p. 407 y ss.

2. De la universalidad

Por universalidad, se debe entender como la conjunción de un todo, que no admite exclusiones. En materia de Seguridad Social es conocido que este principio abarque dos esferas: una subjetiva, relativa a los sujetos cubiertos por la medida de previsión social, y una objetiva, concerniente a los estados de necesidad que se intentan proteger. Así, lo postuló Ermida Uriarte, quien define cada uno de los principios sustento de la Seguridad Social, en función de su ámbito de aplicación, por lo que identifica la subjetividad con los individuos y la objetividad con los riesgos⁽¹²⁾.

Pese a lo anterior, la corriente doctrinaria se ha ido perfilando en cuanto a la intención de establecer claras diferencias entre los dos ámbitos del principio de universalidad. Para ello, se han ensayado múltiples intentos, de los que consideramos oportuno resaltar, aquellos que han identificado a la esfera subjetiva como estrictamente “universalidad” y a la objetiva como “integralidad”, “generalidad”, “totalidad”.

Independientemente del tratamiento que se le dé al principio de universalidad, desde una perspectiva conceptual, a efectos del presente informe nos concentraremos en analizar el ámbito subjetivo, o como lo ha llamado Mesa-Lago, “universalidad de la cobertura”⁽¹³⁾.

En ese sentido, una definición general y enmarcada en la Seguridad Social es la que postula Mario Pasco Cosmópolis, cuando sostiene que:

Universalidad: la Seguridad Social apunta a proteger a toda persona en estado de necesidad; su universo es la totalidad de la población, e incluso, en su concepción más amplia, se extiende a quien transitoriamente se encuentran dentro de un determinado territorio (...)⁽¹⁴⁾.

Es decir, la máxima aspiración de un sistema de Seguridad Social deba ser la de proteger a todo individuo que sea miembro de una misma sociedad. No obstante, la integración de todas las personas no puede limitarse a

(12) ERMIDA URIARTE, Óscar. “Los principios de la Seguridad Social”. En: *La Seguridad Social en el Uruguay*. Montevideo, 1993. p. 14 y ss.

(13) MESA-LAGO, Carmelo. “Los principios de la Seguridad Social y su vigencia en América Latina y el Caribe”. En: *Las Reformas de Salud en América Latina y el Caribe: su impacto en los principios de la seguridad social*. N° 63. Cepal - Documentos de Proyectos. 2005. p. 15.

(14) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Los principios de la Seguridad Social y los Diversos Sistemas Pensionarios”. En: *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional en Materia Previsional*. Tribunal Constitucional del Perú. Lima, 2008. pp. 255-256.

la espera de recibir una prestación proveniente de un régimen de previsión social, sino que su participación dentro de él debe ser activa.

Como lo recuerda Grzetich, el principio de universalidad subjetiva consiste en que *todos los individuos, sin distinción alguna, deben integrar el sistema, contribuyendo a su sostenimiento y quedando amparados para el caso que les sobrevenga cualquiera de las contingencias previstas*⁽¹⁵⁾. Por lo tanto, se trata de un contexto en el que si bien hay garantía de protección, esta se ve sustentada por la propia participación de los beneficiarios.

Además, es oportuno mencionar que la universalidad es una de las principales columnas de la Seguridad Social, ampliamente reconocida como tal.

En efecto, la Organización Internacional del Trabajo, en la Conferencia realizada el 10 de mayo de 1944, adoptó la que es conocida como “La Declaración de Filadelfia”, a través de la cual afirmó la igualdad entre todos los seres humanos, y el derecho de estos a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual (literal a del punto II), para lo cual reconoció su propia obligación de extender las medidas de seguridad social (literal f del punto III).

A partir de lo anterior es que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, concibe en su artículo 10 el derecho de “toda persona” a la Seguridad Social. En igual sentido se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, cuando en su artículo 9 dispone textualmente:

Artículo 9

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

Como resulta evidente, la universalidad subjetiva se encuentra concebida como el objetivo de la Seguridad Social; instituto que es reconocido, a su vez, como un derecho cuya ejecución efectiviza a dicho pilar. En otras palabras, la sola existencia de un ser humano lo hace titular del derecho a la Seguridad Social, la que se construye y perfecciona a partir de la integración de más personas a su ámbito de aplicación.

(15) GRZETICH LONG, Antonio. *Derecho de la Seguridad Social: Los principios de la materia estructura orgánica y gestión*. Tomo II, Editorial Plural, Montevideo, 1998, p. 26.

Sin lugar a dudas, lo anterior se encuentra vinculado con el principio de solidaridad, toda vez que es necesario que los miembros de una sociedad contribuyan con el sistema a efectos de poder otorgar mayores y mejores prestaciones a más personas. Mientras más involucrados, mejores recursos para afrontar las diferentes necesidades que se presenten a lo largo de la vida de las personas. A su vez, esto permitirá alcanzar el estadio ideal de la Seguridad Social, el cual implica brindar protección a todo ser humano, sin ningún tipo de distinción o supuesto de exclusión.

Ahora bien, el principio de universalidad se presenta como uno de los pilares de la Seguridad Social cuya consolidación no es estanca. Por el contrario, se trata de un principio de *aplicación continua* como lo recuerda García Granara⁽¹⁶⁾, en la medida en que no se puede pretender implementar un sistema de previsión social que abarque a la totalidad de la población, sino que la incorporación de esta debe hacerse de forma gradual, conforme se vayan generando los recursos que así lo permitan.

Ello nos lleva al siguiente principio de la Seguridad Social que resulta trascendente analizar: la progresividad.

3. Progresividad

De acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española, progresividad es una palabra que viene del adjetivo “progresivo”, el que a su vez tiene por definición:

1. Que avanza, favorece el avance o lo procura.
2. *Que progresa o aumenta en cantidad o en perfección.*

Lo anterior implica que por progresividad debemos entender la superación de determinada situación. El incremento de determinado beneficio. La mejora de determinado derecho.

En palabras de Morgado Valenzuela, la progresividad *envuelve el concepto de un avance constante hasta alcanzar una meta ideal. Se fundamenta en la imposibilidad material de garantizar la vigencia efectiva de la plenitud*

(16) GARCÍA GRANARA, Fernando. “La sostenibilidad financiera en los regímenes de pensiones”. En: *Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional*. II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. SPDTSS, Arequipa, 2006, p. 862.

de los derechos de seguridad social, por lo que se ha optado por el acceso gradual a cada uno de los derechos y beneficios correspondientes⁽¹⁷⁾.

Como resulta razonable, no es posible asegurar la validez y suficiencia de determinada prestación para tiempos futuros, en la medida en que las circunstancias de cada sociedad tiende a cambiar y a evolucionar, conforme lo hacen los propios individuos que la comprenden. Así, es necesario que las medidas de protección que se implementen dentro del esquema de Seguridad Social, sigan la suerte dinámica de la sociedad, debiendo actualizarse y mejorarse cada una de las prestaciones que otorga para salvaguardar los riesgos de la vida de la población.

Es aquí cuando la progresividad se activa, siendo parte de este principio el deber de revisar que las medidas de protección sean suficientes y oportunas y, en todo caso, mejorarlas según se presenten las necesidades de la sociedad. Por ello es que se establece un criterio de gradualidad, atendiendo a que conforme se vayan presentado los cambios, es que se irá perfeccionando el sistema.

Sobre este pilar en específico, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) ha contemplado lo siguiente:

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Es decir, se admite que la progresividad es sinónimo incuestionable de mejora, cuyo propósito es conseguir una plena efectivización de los derechos, dentro de los cuales está la Seguridad Social. El avance hacia un desarrollo de este instituto es lo que se persigue con este principio, teniendo en consideración las posibilidades para la concreción de tales medidas.

(17) MORGADO VALENZUELA, Emilio. "La Seguridad Social en las Constituciones de Latinoamérica". En: *Constitución, trabajo y seguridad social, estudio comparado de 20 constituciones hispanoamericanas*. Editorial ADEC-ATC, Lima, 1993, p. 100.

A propósito de esto último, resulta trascendente anotar que la progresividad no puede significar una obligación absoluta de parte de los Estados respecto de la mejora permanente de los beneficios que otorga en el marco de la Seguridad Social, toda vez que ello implicaría exigir que se implementen nuevas prestaciones (por ejemplo), sin siquiera conocer de las posibilidades presupuestales o de los recursos disponibles para ello. Definitivamente, la progresividad en materia de Seguridad Social deberá ir de la mano con la disponibilidad de recursos que la hagan viable.

Sin embargo, lo anterior no puede resultar, desde una visión contraria, el escudo del Estado para estancar la revisión y aplicación de mejoras. Si bien no es posible exigir nuevos o superiores beneficios frente a la inexistencia de recursos, lo cierto es que el Estado debe comprometerse a hacer su máximo esfuerzo por lograr la consolidación del progreso.

Ahora bien, es oportuno mencionar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha reconocido que la progresividad trae consigo implícita el concepto de “no regresividad”. Sin embargo, en el entendido que ningún principio ni derecho es absoluto, la CIDH admite *la posibilidad de que un Estado imponga ciertas restricciones al ejercicio de los derechos incorporados en esa norma. La obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida. En ese sentido, no cualquier medida regresiva es incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana*⁽¹⁸⁾.

No obstante, debe entenderse que esta facultad para ir en contra de la progresividad se verá justificada y viable únicamente en situaciones que resulten razonables, lo que implica que deberán sustentarse en situaciones que impliquen la ponderación de fines superiores. El Tribunal Constitucional Peruano ha sintetizado en esta idea señalando que *no se vulnera tal principio cuando se busca la justicia e igualdad entre los pensionistas al amparo de una idea democrática de justicia común*⁽¹⁹⁾.

Es el caso, por ejemplo, del cierre definitivo del Régimen Previsional del Estado y la eliminación del beneficio de la nivelación pensionable. Si bien

(18) Fundamento 140 del Informe N° 38-09 emitido a propósito de la denuncia formulada por diversas agrupaciones peruanas en contra del Estado peruano con relación a la reforma constitucional que tuvo por objetivo el cierre definitivo del Régimen Previsional del Estado regulado por el Decreto Ley N° 20530.

(19) Fundamento 49 *in fine* de la sentencia del 3 de junio de 2005, recaída en el Exp. N° 050-2004-AI/TC y acumulados.

estas medidas implicaron la restricción de derechos de los beneficiarios de ese sistema previsional, estas tuvieron por objetivo final evitar el desbalance financiero estatal (en la medida que el financiamiento de régimen con recursos propios solo ascendía al 2 %, el resto provenía del Tesoro Público), privilegiando la posibilidad de mejora de un régimen de mayor envergadura como es el Sistema Nacional de Pensiones.

IV. LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL PERÚ

Tal como se ha mencionado en párrafos anteriores, en el Perú se han concebido diversos seguros sociales, no llegando aún a un estadio superior como es el de la Seguridad Social. Sin embargo, ello no quiere decir que hemos sido ajenos a la idea en sí misma de que la Seguridad Social es un derecho que le es inherente a toda persona.

En efecto, la Constitución Política del Perú de 1993 ha diseñado un marco dentro del cual se conciben los cimientos de la Seguridad Social en nuestro país. La primera referencia que encontramos es la que se incorpora en el artículo 10 de la Carta Magna, cuando señala:

Artículo 10.- Derecho a la Seguridad Social

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.

Como es posible desprender de la norma constitucional transcrita, la Seguridad Social es, ante todo, un derecho reconocido de toda persona; derecho que requiere de otros instrumentos para ser efectivo, como por ejemplo, de la pensión.

Además, tiene un doble propósito claramente identificable: de un lado, encontramos que su reconocimiento busca la protección ante determinadas contingencias, y de otro, se persigue lograr una elevación en la calidad de vida de la persona⁽²⁰⁾.

(20) Ello es igualmente reconocido por el Tribunal Constitucional, a través del fundamento 3 de la sentencia recaída en el Exp. N° 1396-2004-TC/AA.

Debe advertirse que cuando la norma señala que es un derecho universal y progresivo se refiere a que la Seguridad Social será de aplicación general, es decir, a todas las personas sin excepción, puesto que el derecho nos es inherente por el solo hecho de ser seres humanos. Mientras que la progresividad referirá precisamente al acceso al derecho. Es decir, a fin de efectivizar el principio de universalidad del derecho, deberán establecerse determinados pasos que habiliten un acceso a la Seguridad Social, lo cual solo se podrá dar *de manera gradual (progresivo), dependiendo de la situación económica del país*⁽²¹⁾.

Si nos quedáramos únicamente con este artículo, entenderíamos que la Seguridad Social es un derecho que podría ser materializado por sí solo y que, en consecuencia, tendría que limitarse a cumplir con aquellos principios que le son inherentes. No obstante, debe advertirse que por un principio constitucional de integración de las normas, no es posible desconocer lo estipulado en el artículo 11 de la Constitución cuando dispone:

Artículo 11.- Libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones

El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado.

En efecto, la conjunción de los artículos 10 y 11 de la Constitución origina que tengamos un concepto de Seguridad Social susceptible de ser ejecutado por todos. Ello se debe a que el artículo 11 faculta la implementación de sistemas que habiliten el otorgamiento de prestaciones de salud y pensiones, las que son las manifestaciones de la Seguridad Social.

Tal como aparece con claridad del texto de la citada disposición constitucional (artículo 11), existe una habilitación adicional: la posibilidad de que estas manifestaciones de la Seguridad Social puedan ser concedidas y manejadas desde entidades privadas –como en el Sistema Privado de Pensiones (SPP)– o mixtas.

Hasta este punto, podemos postular las siguientes dos importantes conclusiones:

(21) ABANTO REVILLA, César. “El Derecho universal y progresivo a la Seguridad Social”. En: *La Constitución Comentada*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005. p. 421.

- 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.
- 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”⁽²²⁾.

V. SOBRE EL DERECHO A LA PENSIÓN

Como se ha expuesto, una de las manifestaciones de la Seguridad Social es la pensión. Sin embargo, esta no es exclusiva de la Seguridad Social, lo que ha requerido que la doctrina y la jurisprudencia se pronuncien definiendo cuál es el contenido de este derecho, estableciendo sus límites y sus componentes

El Tribunal Constitucional ha considerado que la consolidación del derecho a la pensión debe partir por entender que se trata de un derecho fundamental, que supone ser un bien susceptible de protección y que permite a la persona desarrollar una vida digna en la sociedad. En virtud de ello es que considera que el derecho a la pensión consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política del Perú hace referencia a un *contenido esencial constitucionalmente protegido*. Sin embargo, no se agota con ello en atención a que se trata de un derecho de configuración legal que implica así otras garantías protegidas⁽²³⁾.

En ese sentido, en la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad seguida bajo el Exp. N° 050-2004-AI/TC y acumulados, del 3 de junio de 2005, el TC delimitó el contenido del derecho a la pensión, dividiéndolo en tres campos: contenido esencial, contenido no esencial y contenido adicional.

(22) Sentencia recaída en el Exp. N° 050-2004-AI/TC (acumulados), f. j. 69.

(23) Ff. jj. 72 y 73 de la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley de Reforma Constitucional recaída en el Exp. N° 050-2004-AI/TC y acumulados, del 3 de junio de 2005.

Sobre el primero, se estableció que el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión está constituido por tres elementos⁽²⁴⁾, a saber:

- el derecho de acceso a una pensión;
- el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella; y,
- el derecho a una pensión mínima vital.

Respecto del contenido no esencial, el TC considera que se compone por los topes y los reajustes pensionarios (como puede ser la nivelación), mientras que el contenido adicional guarda relación directa con el tema de los beneficiarios derivados del derecho fundamental a la pensión, es decir, con las personas favorecidas con la pensión de un titular fallecido⁽²⁵⁾.

Si bien se concibe que ningún derecho es absoluto, se admite que todo derecho siempre debe mantener un núcleo duro que no puede ser vulnerado, puesto que lo contrario afectaría su naturaleza. Así, los tres componentes del contenido esencial antes señalados, a criterio del Tribunal Constitucional, conforman el núcleo duro del derecho a la pensión que lo hacen reconocible como tal. Cualquier alteración a ellos o limitación, representará de inmediato una vulneración al derecho por sí mismo.

Lo anterior no presupone que cualquier afectación a otros contenidos del derecho a la pensión deba ser siempre permitida. Ciertamente, esto conlleva a la aplicación del test de razonabilidad de la afectación, a efectos de verificar si la alteración de los componentes del derecho, en atención a la ponderación de otros derechos, es una afectación permitida o, por el contrario, genera un vaciamiento del contenido del derecho.

Recuérdese que el test de razonabilidad busca:

- Establecer si el objetivo que se busca con la afectación del derecho es legítimo, constitucional y suficiente en función del derecho que se pondera.
- Verificar si la afectación de un derecho para aplicar otro, es una medida objetiva y lógica; si se trata de una afectación que en efecto permite lograr un objetivo superior al derecho perjudicado.
- Determinar si la medida es idónea y proporcional al propósito que se pretende lograr.

(24) Fundamento 107 de la sentencia recaída en el Exp. N° 050-2004-AI/TC y acumulados.

(25) Fundamento 75 de la sentencia recaída en el Exp. N° 050-2004-AI/TC y acumulados.

Lo anterior se traduce en un análisis que pasa por tres conceptos diferenciados: idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Entonces, cualquier alteración al derecho a la pensión deberá transitar por el test de razonabilidad para verificar su validez. De no hacerlo, estaremos ante una afectación al derecho que no puede ser permitida, lo que demuestra que la pretendida ponderación de otro derecho sobre el de la pensión no es legítima.

VI. DE LA REFORMA AL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES, CONTENIDA EN LA LEY N° 29903

El 19 de julio de 2012 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, la que implementó como una de las principales modificaciones, la obligatoriedad de afiliación a un sistema de Seguridad Social de los trabajadores independientes. Esta ley estableció su entrada en vigencia a los 120 días después de la publicación de su Reglamento, lo que se consolidó a través del Decreto Supremo N° 068-2013-EF publicado el 3 de abril de 2013. En consecuencia, la vigencia de la Ley N° 29903 se inició formalmente el 2 de agosto de 2013.

El artículo 8 de la Ley N° 29903 dispuso:

Artículo 8. De la afiliación del trabajador independiente

8.1 El trabajador independiente que no supere los cuarenta (40) años de edad, debe afiliarse a un sistema pensionario, debiendo optar por el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones, teniendo como plazo máximo de elección la fecha en que percibe la renta de cuarta y/o quinta categoría regulada en el artículo 34 literal e) de la Ley del Impuesto a la Renta. Una vez finalizado el mencionado plazo, si el trabajador independiente no hubiese manifestado su voluntad de afiliarse a un sistema pensionario, se afiliará o el agente de retención lo afiliará, según sea el caso, a la AFP en las condiciones que se señalan en el artículo 33 del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones aprobado por Decreto Supremo 054-97-EF. La afiliación es facultativa para

los trabajadores independientes que tengan más de cuarenta (40) años de edad, a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley.

8.2 Se entenderá por trabajador independiente al sujeto que percibe ingresos que son considerados rentas de cuarta categoría y/o de quinta categoría reguladas en el artículo 34 literal e) de la Ley del Impuesto a la Renta, respecto de dichas rentas.

8.3 Mediante decreto supremo, refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, se podrán dictar las normas complementarias y reglamentarias que sean necesarias para la mejor aplicación del presente artículo.

Por su parte, el artículo 9 de la misma ley –modificado el 22 de setiembre de 2013 por la Ley N° 30082– estableció los porcentajes de aportación escalonadas en función de periodos anuales, la identificación de los agentes retenedores y mecanismos alternos a esta actividad.

En adición a la Ley y su Reglamento, se expidieron otras normas que tuvieron por propósito reglamentar la aplicación de las nuevas medidas consolidadas a partir de la modificación del régimen previsional. Parte de este paquete de normas reglamentarias fue el Decreto Supremo N° 166-2013-EF, cuyo objetivo fue reglamentar la afiliación de los trabajadores independientes al Sistema Nacional de Pensiones. Lo mismo sucedió en torno al Sistema Privado de Pensiones, lo que está contenido en la Resolución SBS N° 4594-2013.

Ahora bien, es preciso anotar que de acuerdo a las normas que regulan esta materia, dentro del universo de personas involucradas en la medida referida a la obligatoria afiliación a un sistema previsional, solo se consideran a aquellos que además de calificar como “independientes”, esto es aquellos que perciben ingresos considerados como rentas de cuarta categoría y/o cuarta-quinta categoría regulada en el literal e) del artículo 34 de la Ley del Impuesto a la Renta, cumplan con los siguientes requisitos:

- Ser menores de 40 años de edad.
- Percibir como mínimo ingresos iguales o superiores a una Remuneración Mínima Vital.

Todo aquel que ostente la condición de independiente, pero que no cumpla con los dos requisitos antes listados, podrá ser parte de cualquier régimen de pensiones en calidad de afiliado potestativo, es decir, deberá mediar su propia voluntad a efectos de incorporarse a un sistema previsional.

De todo lo expuesto, tenemos que la Reforma del Sistema Privado de Pensiones trajo como un elemento de trascendental relevancia, a la incorporación de un importante grupo de actores de la sociedad peruana que, si bien genera una densidad de ingresos considerable, no se encontraba bajo el ámbito protector de la Seguridad Social peruana.

Sin embargo, lejos de lo que era deseable en cuanto a la aceptación de la medida como un aspecto beneficioso para el crecimiento del país y la expansión positiva de nuestro sistema de Seguridad Social, la mayoría de los involucrados –esto es, de los independientes– manifestaron su rotundo desacuerdo, justificándose en el hecho de que estar obligados a un régimen pensionario implicaba la detracción de una parte importante de sus ingresos, los cuales servían para atender necesidades cotidianas, más inmediatas. En otras palabras, la previsión para el futuro no era un aspecto relevante para este sector de la población.

Es a raíz de ello que se expide la Ley N° 30082, la que difirió la entrada en vigencia de la obligatoriedad de afiliación de los independientes hasta el 1 de agosto de 2014, es decir, retraso la implementación de la medida en un año. Asimismo, modificó los porcentajes de aportación originalmente establecidos.

En efecto, hasta antes de la expedición de la Ley N° 30082, todos aquellos independientes, menores de 40 años de edad y que percibieran igual o más a una remuneración mínima vital y media, debían aportar el 13 % de sus ingresos si es que se afiliaban al Sistema Nacional de Pensiones. Sin embargo, la referida ley modificó el artículo 9 de la Ley N° 29903, disponiendo que la gradualidad de porcentajes de aportación se aplicaba a todos los sujetos afectados con la medida, con independencia del tope sus ingresos y teniendo como única condición percibir cuanto menos una remuneración mínima vital.

VII. DE LA OBLIGATORIEDAD DE AFILIACIÓN DE LOS INDEPENDIENTES

Parte importante de las discusiones de los últimos años, ha recaído en si era o no posible establecer la obligación de los independientes de contribuir y ser parte de los sistemas previsionales. En función de ello es que la cuestión a debatir se concentró en si la protección de la Seguridad Social

en Pensiones se ha de circunscribir en la actualidad única y exclusivamente a los trabajadores dependientes de una relación laboral o, incluso extenderse a los trabajadores independientes. Entendemos que la previsión social no solo constituye un derecho de la persona sino también un deber social. Desde esta perspectiva, los trabajadores independientes deberían igualmente ser considerados como asegurados obligatorios al Sistema.

Lo anterior se fundamenta en el hecho que el trabajador –sea dependiente o independiente– con ocasión del establecimiento de un vínculo directo con su núcleo familiar asume una responsabilidad económica para con este que tiene reconocimiento constitucional a partir de su consideración como instituto fundamental de la sociedad. Asimismo, cabe recordar que la Constitución Política del Perú de 1993 enuncia que es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos.

Consecuentemente, al constituir la pensión un ingreso que sustituye a la remuneración del trabajador dependiente o retribución del independiente, esta se constituye en una garantía del mantenimiento de una vida acorde con el principio de dignidad para los integrantes de la familia nuclear del pensionista⁽²⁶⁾.

En ese sentido y siguiendo la línea de lo que hemos expuesto en los puntos precedentes del presente informe, en torno a la consolidación de la Seguridad Social como estadio de previsión social superior, de constante dinamismo progresivo, como derecho reconocido a favor de toda persona por su sola condición de ser humano, así como garantía institucional respecto a la protección que esta les otorga, tenemos que una perfecta manifestación de lo expuesto es la obligatoriedad de afiliación de los trabajadores independientes. Nos explicamos.

Como hemos analizado, la Seguridad Social se construye sobre una base conformada por distintos pilares, de entre los que hemos resaltado a tres en particular: solidaridad, universalidad y progresividad. La ejecución de estos es lo que permite mejorar al propio sistema previsional.

En otras palabras, los esfuerzos del Estado por procurar una garantía de protección a los miembros de la sociedad a futuro, constituye una evidente muestra de desarrollo en materia de Seguridad Social.

(26) Tal como ha tenido oportunidad de señalar en múltiples sentencias el Tribunal Constitucional al referirse a la pensión de sobrevivencia. A título de ejemplo cabe mencionar el fundamento 4 de la sentencia del 10 de setiembre de 2009 emitida en el Exp. N° 03703-2009-PA/TC.

Es así que la obligatoriedad de afiliación de los independientes se instaura como una clara manifestación de la aplicación del principio de universalidad, ampliando el ámbito subjetivo sobre el cual recaerá la garantía de protección contenida en la Constitución peruana en materia de Seguridad Social.

Sin embargo, este beneficio de protección no puede ser gratuito. En efecto, se requiere que la participación de los nuevos integrantes –es decir, de los independientes– dentro del sistema previsional sea activa con el propósito de que contribuyan, tal como lo hacen los demás partícipes del régimen, al financiamiento del mismo; financiamiento que se traslada a la obligatoriedad de aportación.

Lo anterior es, dentro del esquema del Sistema Nacional de Pensiones en donde el mecanismo de financiación imperante es el de reparto, la consolidación de una de las aristas del principio de solidaridad, toda vez que los aportes de los independientes servirán para incrementar los recursos del propio régimen y de esa manera poder financiar las pensiones de aquellos que entran en periodo de inactividad.

Esto, a su vez, constituye una manifestación del principio de progresividad, puesto que nos encontramos frente a un avance positivo en Seguridad Social, en la medida en que se involucra a un grupo de personas que se encontraba, hasta antes de la reforma, desprotegido en proyección a su futuro y respecto de los estados de necesidad que pudieran presentar. Asimismo, constituye una mejora para el propio sistema en sí, dado que contará con mayores ingresos que podrán permitir revisar las prestaciones que se vienen otorgando, con la expectativa de poder optimizarlas.

En este punto conviene recordar que la estadística recopilada en los últimos años arroja que el número de independientes en el Perú ha ido en crecimiento, tal como sigue:

Año	Número de Independientes aproximado
2011	5,380.3
2012	5,403.5
2013	6,181.7 ^(*)

Fuente: INEI (en miles de personas).

(*) De esta cifra, el INEI ha establecido que en el 2013 aproximadamente 2'669,300 personas (alrededor del 43.3 % de todo el universo de independientes identificados en ese periodo), eran menores de 41 años.

Esto quiere decir, de modo general, que en el Perú contamos con un importante número de personas que por su condición laboral se encuentra fuera del ámbito de la protección garantizada del Estado. Ello, a su vez, implica que al no contar con un sistema de previsión social que atienda sus necesidades eventuales –como enfermedades o accidentes– y fijas –como la vejez o la muerte– deberán ser asumidas por ellos mismos, apelando a la capacidad de ahorro personal que cada quien pueda tener.

Resulta incuestionable, pues que lo anterior es simplemente una situación utópica, porque ha quedado demostrado a lo largo del tiempo que el ser humano tiende a utilizar los ingresos en cuestiones más inmediatas, antes que destinarlos a un fondo que busque consolidar un sistema de protección personal futuro.

Lo anterior se hace más evidente cuando analizamos el hecho de que pese a existir la figura de la “afiliación voluntaria” a los regímenes previsionales existentes, el acogimiento a estos es mínimo.

Esto pone en evidencia que de no existir medidas estrictas que impliquen mandatos de obligatorio cumplimiento, el ser humano –en este caso, el peruano– no se acogerá a un sistema de pensiones, vaciando de contenido al derecho a la Seguridad Social que le es inherente.

Por lo tanto, consideramos que la obligatoriedad de afiliación de los independientes que se reguló a partir de la Ley N° 29903, es una medida positiva para el país, de consolidar la Seguridad Social.

VIII. LA DEROGACIÓN: AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD, Y EN CONSECUENCIA, A LA CONFIGURACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Tal como hemos referido en el punto anterior, la acogida por parte de la sociedad no fue positiva en torno a la obligatoriedad de afiliación de los independientes. Tanto fue así, que el Congreso de la República tuvo la necesidad de expedir una norma (Ley N° 30082) que difiriera en un año la entrada en vigencia de esta disposición, trasladando su aplicación desde el 1 de agosto de 2013 hasta el 1 de agosto de 2014, así como también tuvo necesidad de reajustar los porcentajes de aportación.

Sin embargo, el descontento de parte de los independientes con la proximidad de la entrada en vigencia de la exigencia de ser partícipe de un sistema previsional de forma obligatoria, se mantuvo en el tiempo. De esa forma es que se emitieron diversos proyectos de Ley que proponían la eliminación de esta obligación.

De todos estos, el Pleno del Congreso decidió unificarlos y aprobar una sola Autógrafa denominada “Ley que deroga el Aporte Obligatorio de los Trabajadores Independientes”, para posteriormente ser aprobado por el Poder Ejecutivo, promulgándose la Ley N° 30237, publicada el 17 de setiembre de 2014.

Esta Ley derogó los artículos 8 y 9 de la Ley N° 29903, así como la Ley N° 30082, disponiendo el regreso a la facultad potestativa de los independientes de ser parte de un régimen previsional (afiliación voluntaria). Asimismo, la Ley estableció la devolución de todos los aportes que se hayan realizado por los independientes durante el periodo en el que estuvieron afiliados obligatoriamente, lo que se ha operativizado a través de la Disposición Final de la Resolución SBS N° 6568-2014.

En nuestra opinión, la Ley N° 30237 constituye una regresión irrazonada en cuanto a materia de Seguridad Social.

Como hemos advertido anteriormente, la obligatoriedad de afiliación de los independientes a los sistemas de pensiones existentes en el Perú es una clara manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y progresividad que sustentan a la Seguridad Social.

En igual sentido, hemos sido enfáticos en señalar que, tal como lo ha reconocido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional peruano, la progresividad no es un principio absoluto, por lo que se admite la posibilidad de establecer medidas regresivas. No obstante, para que ello sea legítimo es absolutamente indispensable que lo que se busque proteger se consigne con un objetivo superior, un fin mayor.

Además, que ser partícipe de un sistema de pensión contribuye al reemplazo del ingreso de la persona en el periodo de inactividad, que servirá para su subsistencia, así como la de sus dependientes.

En este caso, eliminar la obligatoriedad de la afiliación de los independientes representa un retroceso en la consolidación de un mejor modelo de previsión social, no solo por la disminución del ámbito subjetivo de la misma, sino por el hecho de que no exista un fin superior que se intente privilegiar con esta medida.

En efecto, volver al estado anterior implica mantener la situación de desprotección de un grupo importante de miembros de la sociedad, sustentada en el rechazo de estos de destinar parte de sus ingresos a fondo previsional futuro. Esto, sin lugar a dudas, no constituye un elemento que merezca ser ponderado, en atención a que constituye inejecutar la garantía de la Seguridad Social respecto de los independientes.

Por lo tanto, la derogación de los artículos 8 y 9 de la Ley N° 29903 y de la Ley N° 30082 constituye una medida regresiva que no encuentra justificación y que atenta de forma directa contra el principio de progresividad que sirve de base para la configuración de la Seguridad Social.

IX. DE LA AFECTACIÓN AL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES AL ADMITIRSE LA DEVOLUCIÓN DE APORTES (SISTEMA DE REAJUSTE)

Finalmente, debemos mencionar que la derogación de las normas que regulan la afiliación obligatoria de los independientes a un régimen previsional así como la devolución de los aportes realizados mientras duró la vigencia de esta medida, constituirá un perjuicio económico para el Sistema Nacional de Pensiones.

Ciertamente, debemos recordar que el mecanismo de financiamiento que se aplica en este régimen es el de reparto, lo que implica que el sistema recibe los aportes de todos sus afiliados en actividad para luego redistribuirlos entre aquellos que se encuentran atravesando determinada contingencia (estado de necesidad), a modo de pensión. Es así que una vez que el aporte ingresa al fondo previsional del Sistema Nacional de Pensiones, este deja de tener titularidad personalizada para pasar a ser parte de todos los que componen el régimen. Ello implica que tales ingresos formarán parte de los recursos que servirán de sustento financiero para atender el pago de las prestaciones que se devenguen; pago que se hace de forma constante, día a día.

Precisamente es por este motivo que la Constitución Política del Perú de 1993, mediante el artículo 12 otorga la condición de intangible a los fondos de la Seguridad Social; intangibilidad que implica imposibilidad de utilización para fines distintos a los estrictamente previsionales.

A su vez, los nuevos recursos que entran a formar parte del fondo del Sistema Nacional de Pensiones, permiten proyectar la posibilidad de otorgar

nuevas prestaciones a personas que cumplen con los requisitos para acceder a una pensión.

Por lo tanto, disponer la devolución de lo hasta el momento aportado por los independientes al Sistema Nacional de Pensiones, implicaría una situación de desfinanciamiento del régimen, en la medida en que tendría que disponerse de recursos intangibles –de acuerdo a lo establecido en la Constitución Política del Perú– y que ciertamente ya fueron utilizados para financiar otras prestaciones.

LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS ARTISTAS EN EL PERÚ

Eduardo Marcos Rueda⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

Son pocos quienes tienen un talento artístico y lo representan. El reconocimiento también es escaso. Y en pocas oportunidades nos hemos preguntado sobre la protección social de los artistas en el país, un tema al cual no se le brinda la debida importancia⁽²⁾.

El talento artístico incluye –evidentemente– la difusión, dentro de cuyo ámbito ha tenido una especial importancia la aparición de, cada vez más modernos, elementos tecnológicos: fonógrafo, cinematógrafo, radio, televisión y, recientemente, el internet. Como señalara en otra oportunidad, el doctor Edmundo Pizarro Dávila: “Mientras el intérprete hasta del siglo pasado actuaba en el restringido medio de un teatro o sala de conciertos, la obra literaria o musical solo tenía un alcance limitado: el auditorio que lo rodeaba; dando lugar su actuación a escasas relaciones de carácter jurídico con su empresario. Hoy, ante la aparición de los modernos adelantos de la ciencia y de la técnica (...) el campo de tales relaciones jurídicas se ha ampliado

(1) Abogado y Magíster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de Posgrado en Seguridad Social en España y México. Ex Director de Ciencias Administrativas y Gestión de Recursos Humanos de la Universidad de San Martín de Porres.

(2) Algunas ideas sobre el tema se incluyeron en un artículo publicado en la *Revista Asesoría Laboral*. N° 65, de mayo de 1996.

enormemente frente a la utilización por terceros de las manifestaciones indirectas (...)”⁽³⁾.

En el Seminario Técnico Regional sobre Derechos Sociales de los Artistas, realizado en Santiago de Chile, en octubre de 2002, con el apoyo de la Unesco, la doctora Griselda Strat, de Argentina, indicó:

“La ejecución y la interpretación son actos de creación, pues del mismo modo que en la labor literaria o científica hay una obra, en la interpretación de un artista hay una actuación que, como aquella, es el producto de condiciones personales e intransferibles”⁽⁴⁾.

El arte y, sobre todo, su ejecución se ha convertido en un derecho fundamental, desde hace muchos años.

El arte y el talento artístico provienen, pues desde tiempos muy antiguos pero su protección social desde hace pocos años. Aquellos derechos sociales que en los últimos tiempos ha tenido alguna variación en los textos constitucionales de 1979 y de 1993, sobre todo cuando se diferencia entre derechos fundamentales y derechos sociales y económicos pero que, tal como lo cita el doctor César Landa, ha merecido un tratamiento especial por parte del Tribunal Constitucional quien ha señalado que:

“Tanto el derecho a la seguridad social como el derecho a la protección a la salud forman parte de aquellos derechos fundamentales sociales de preceptividad diferida, prestacionales, o también denominados progresivos o programáticos (...)” agregando que, en su opinión, “Si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos (...) también lo es que estos derivan en obligaciones por cumplir (...)” (sentencia recaída en el Exp. N° 011-2002-AI/TC)⁽⁵⁾.

La legislación básica actual de esta protección, en nuestro país, comprende algunos aspectos tanto en la relación laboral como en los derechos

(3) PIZARRO DÁVILA, Edmundo. *Los bienes y derechos intelectuales*. Tomo I, Editorial Arica S.A., Lima, p. 293.

(4) Los derechos sociales del artista en el Mercosur, documento publicado en <portal.unesco.org/cultura/es/ev> p. 37.

(5) LANDA TORRES, César. “Los derechos sociales y la jurisprudencia constitucional”. En: *Actas del VII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 20-22 de junio de 2007, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, pp. 41 y 43.

–morales y patrimoniales– pero, además, también en lo que se refiere la denominada protección social. Esto es, la Ley N° 28131, incluye los derechos sociales propiamente dichos como los que corresponden al Fondo del Artista y la incorporación a los regímenes generales –o comunes– de Seguridad Social.

Esta incorporación, es positiva desde todo punto de vista, pero puede ofrecernos algunos obstáculos en su aplicación concreta, en la realidad de la situación laboral del artista que va a significar una limitación para el real ejercicio de sus derechos.

Es importante tener en cuenta el carácter sui géneris del trabajo artístico y contrastarlo con los regímenes generales de la Seguridad Social en nuestro país, por ejemplo, para analizar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los empleadores y la obtención de derechos por parte de los artistas. Y en una adecuada protección intervienen todos los agentes del trabajo artístico, a quienes es necesario inculcar también la necesidad de esa protección.

El otro inconveniente, de naturaleza laboral, es la informalidad a la que se someten los artistas. Muchos de los trabajos artísticos se realizan sin contrato suscrito entre los empleadores y el artista. Y esto afecta, indudablemente, la protección social en la medida en que nuestro sistema de seguridad social se basa en la inclusión obligatoria a los trabajadores con relación de dependencia laboral. Otros casos están relacionados con el poco tiempo al que se dedican muchos artistas. Algunos de ellos solo o hacen por un determinado tiempo y luego se dedican a otras actividades. Ello no permite, indudablemente, el ejercicio de ciertos derechos sociales que requieren el cumplimiento de un determinado periodo de aportes.

Es indudable: en muchos casos esa protección social no es del todo eficiente, oportuna y real. Los casos tristes, sobre todo al final de la vida y sin protección, son muchos. La imagen del artista exitoso no debe deteriorarse, con el tiempo, por la falta de una real normativa.

Además, es importante mencionar que los artistas tienen algunas organizaciones como la Comunidad Artística Nacional, Sindicato de Artistas Intérpretes del Perú; Sindicato de Artistas Circenses; Sindicato de Artistas, Intérpretes, Autores, Compositores folcloristas del Perú; Sindicato de Músicos.

La información del Instituto Nacional de Estadística e Informática, INEI, del año 2007, arroja unas 128 190 personas vinculadas al sector de las artes; sin embargo, se incluye a compositores, músicos, cantantes;

coreógrafos, bailarines; pintores, decoradores; actores, directores de cine, radio, teatro; periodistas; músicos, cantantes y bailarines, callejeros, de peñas, salsódromos y afines; entre otros⁽⁶⁾. Todos ellos han declarado esta actividad como “ocupación principal” y llega al 1.3 % de la población económicamente activa.

Para los efectos de este comentario, es necesario referirse específicamente, a quienes realizan la actividad artística propiamente dicha, como intérprete o ejecutante; a quien realiza una obra artística.

II. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS ARTISTAS EN EL PERÚ

1. Antecedentes

La Seguridad Social protege (o debe proteger) a todas las personas dentro de un determinado ámbito social, específicamente a los trabajadores, e incluyendo, por supuesto, a los artistas.

Nuestra Constitución Política se refiere en su artículo 2 al derecho a la voz, al derecho a la propia imagen, y a libertad de creación. Y en un Capítulo diferente se consignan los derechos sociales, económicos y culturales, los cuales, según el mismo autor, tienen “la condición y calidad de fundamentales por su relación e identificación con la dignidad de la persona”⁽⁷⁾. Dentro de ellos se encuentran los derechos de seguridad social. En torno a este aspecto es importante recordar la Recomendación relativa a la condición del artista, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en Belgrado el 27 de octubre de 1980⁽⁸⁾ en donde se señala:

“Considerando que el artista desempeña un papel importante en la vida y la evolución de las sociedades y que debería tener la posibilidad de contribuir a su desarrollo y de ejercer sus responsabilidades en igualdad de condiciones con todos los demás

(6) Véase: <<http://www.infoartes.pe/128190-personas-con-ocupacion-principal-vinculada-las-artes-censo-2007-inei/>>.

(7) Ob. cit., p. 335.

(8) Véase: <unesdoc.unesco.org/images>.

ciudadanos, preservando al mismo tiempo su inspiración creadora y su libertad de expresión”.

La misma Recomendación añade su condición de trabajador especial:

“Afirmando el derecho del artista a ser considerado, si así lo desea, como un trabajador cultural y a gozar, en consecuencia, de todas las ventajas jurídicas, sociales y económicas correspondientes a esa condición de trabajador, teniendo en cuenta las particularidades que entrañe su condición de artista”.

Dentro de las particularidades se encuentran, indudablemente, las modalidades especiales de trabajo del artista.

Pero, ingresando al tema específico de la Seguridad Social, el Convenio indica:

“5. Se invita a los Estados Miembros a que se esfuercen, dentro de sus respectivos medios culturales, por dispensar a los artistas salarios o independientes la misma protección social que habitualmente se concede a otras categorías de trabajadores asalariados o independientes. Deberían preverse medidas para garantizar una protección social adecuada a los miembros de la familia a cargo. El sistema de seguridad social que los Estados Miembros hayan de adoptar, mejorar o completar, deberían tener en cuenta la especificidad de la actividad artística, caracterizada por la intermitencia del empleo y las variaciones bruscas de los ingresos de muchos artistas, sin que ello entrañe limitación de la libertad de crear, editar y difundir su obra. En este contexto, los Estados Miembros deberían estudiar la adopción de **modalidades especiales de financiamiento de la seguridad social de los artistas, por ejemplo, recurriendo a nuevas formas de participación económica, ya sea de los poderes públicos, ya de las empresas que comercializan o explotan los servicios o las obras de los artistas**” (resaltado nuestro).

Años más tarde, en la Declaración Final del Congreso Mundial sobre la Aplicación de la Recomendación Relativa a la Condición del Artista, llevada a cabo en París del 16 al 20 de junio de 1997⁽⁹⁾, se ratificará la existencia de “una tendencia creciente en la mayor parte de los sectores artísticos a

(9) Véase: <unesdoc.unesco.org/images>.

la precariedad del empleo y la inseguridad de las condiciones de trabajo de los artistas intérpretes” agregando que no debe existir discriminación “en términos de fiscalidad, seguridad social y libertad de asociación”.

Se alude a la “duración limitada del ejercicio de su profesión, en especial en las artes del espectáculo”. Y que, por lo tanto, se deben mejorar sus condiciones de vida.

El 8 de julio de 1964 se promulgó la Ley N° 15087 que comprendió a los artistas en la legislación de los empleados particulares, específicamente, en la Ley N° 4916.

“Artículo 1.- Quedan comprendidos en los beneficios de la Ley N° 4916 y sus ampliatorias, los actores y artistas que presten servicios remunerados, en la preparación, presentación o difusión de espectáculos u otros programas similares, en teatros, cines, estaciones de radio, estaciones de televisión, ‘boites’, coliseos, circos y cualesquiera otros establecimientos o centros de esparcimiento público, cualquiera que sea el número de horas que ellos trabajen al día, a la semana o al mes, independientemente de la forma o denominación de su contrato (...)”.

La Ley N° 4916, del 7 de febrero de 1924, modificó el Código de Comercio de entonces y estableció beneficios sociales para los empleados del sector comercio (compensación por despido, póliza de seguros, pensión de invalidez).

Es decir, los artistas fueron considerados como empleados particulares, pero, además, la glosada Ley N° 15087 consideraba como empleados públicos a los artistas “cuando los establecimientos en que presten sus servicios sean dependientes del Poder Ejecutivo o de otra entidad del Sector Público”.

La formalidad específica de la protección social en este ámbito continuó con el Decreto Ley N° 19479 del 25 de julio de 1972 que estableció disposiciones mucho más concretas en torno a las relaciones laborales de los artistas. Su artículo 1, indicaba:

“Artículo 1.- Están regidas por el presente Decreto Ley las relaciones de trabajo de los artistas que prestan servicios remunerados a personas naturales o jurídicas en estaciones de radio-difusión, empresa de fijación y reproducción y establecimiento de espectáculos, diversión, ya sea en firma de presentaciones directa ante el público y/o transmitidas o reproducción,

cualquiera que sea el tiempo de trabajo o el número de actuaciones o reproducciones”.

La norma estaba, fundamentalmente, dirigida a regular las relaciones laborales del artista en el país y, complementariamente, a su protección social. Por tal motivo, en este dispositivo se incluyó a los artistas –en términos generales– al entonces Seguro Social del Empleado que, a su vez, tenía dos Cajas, de Salud y de pensiones.

“Artículo 15.- Los artistas a que se refiere el presente Decreto Ley son asegurados obligatorios del Seguro Social del Empleado”.

A esa fecha no existía el Seguro Social del Perú ni los unificados regímenes de pensiones (D.L. N° 19990) ni el régimen de prestaciones de salud (D.L. N° 22482). Luego, se produce la fusión de los Seguros Sociales (obrero y empleado) y los artistas son incluidos en estos regímenes, en calidad de asegurados obligatorios. Las obligaciones y derechos son los mismos que los demás trabajadores. Se reglamentó mediante el Decreto Supremo N° 010-73-TR.

El Decreto Ley N° 19479 tenía una estructura basada, principalmente, en normas sobre las relaciones laborales de los artistas que luego fuera actualizada y perfeccionada por la Ley N° 28131. Pero, además, incorporó –como lo acabamos de indicar– a los artistas al entonces Seguro Social del Empleado y creó el Fondo de Derechos Sociales del Artista (artículo 19) que cubría contingencias como remuneraciones vacacionales y compensación por tiempo de servicios. No incluía remuneraciones por gratificaciones.

El problema, como en otras situaciones especiales es el cumplimiento del pago de las aportaciones por parte del empleador. La evasión afecta –obvio– al beneficiario.

Años más tarde, el 18 de diciembre de 2003, se promulgaría la Ley N° 28131 Ley del Artista Intérprete y Ejecutante, vigente a la fecha, cuyo artículo 1 indica:

“Artículo 1.- **Ámbito de la Ley**

1.1 La presente Ley establece el régimen, derechos, obligaciones y beneficios laborales del artista intérprete y ejecutante, incluyendo la promoción y difusión de sus interpretaciones y ejecuciones en el exterior, así como sus derechos morales y patrimoniales de acuerdo a lo dispuesto en la presente Ley y en los Tratados Internacionales vigentes suscritos por el Perú.

1.2 Los trabajadores técnicos vinculados a la actividad artística, incluidos en el ámbito de la presente Ley, ejercerán solamente los derechos laborales compatibles con la naturaleza de su trabajo”.

Se trata de una norma más completa y actual en tanto regula los derechos, obligaciones y beneficios laborales, establece disposiciones sobre derechos de propiedad intelectual, de seguridad social y todo ello teniendo en cuenta la nueva realidad del artista peruano.

El doctor Pizarro indica que existen elementos concurrentes en la naturaleza del derecho de intérprete: la obra literaria y musical; el intérprete; la actuación; y, la interpretación. En cuanto al intérprete considera que “es la persona o conjunto de personas que actúa como agente de expresión de las obras literarias y/o musicales del autor”⁽¹⁰⁾.

La nueva disposición legal que estamos comentando plantea las siguientes definiciones en torno al “artista intérprete” y “artista ejecutante”:

“Artículo 2.- Definición

Para los efectos de la presente Ley se considera artista intérprete y ejecutante, en adelante ‘artista’, a toda persona natural que representa o realiza una obra artística, con texto o sin él, utilizando su cuerpo o habilidades, con o sin instrumentos, que se exhiba o muestre al público, resultando una interpretación y/o ejecución que puede ser difundida por cualquier medio de comunicación o fijada en soporte adecuado, creado o por crearse”.

Y, más adelante, el glosario incluido en la misma norma señala las características de cada uno de ellos:

“1.- ARTISTA INTÉRPRETE.-

La persona que mediante su voz, ademanes y/o movimientos corporales interpreta en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclor (actores, bailarines, cantantes, mimos, imitadores, entre otros).

2.- ARTISTA EJECUTANTE.-

La persona que con un instrumento ajeno a su cuerpo ejecuta en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclor (guitarristas, circenses, toreros, entre otros)”.

(10) Ob. cit., p. 299.

Se clarifica así las características de cada uno de estos conceptos en este tipo de relación laboral.

El Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el Derecho de Autor señala también lo siguiente:

“2. Artista intérprete o ejecutante: Persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra literaria o artística o una expresión del folklore, así como el artista de variedades y de circo”.

Pero, además, la actual Ley determina igualmente el concepto de empleador:

“Artículo 5.- Empleador.

5.1. Para los efectos de la presente Ley se considera empleador a toda persona natural o jurídica, cualquiera sea su nacionalidad o domicilio, que contrata con el artista bajo el régimen laboral para que realice sus interpretaciones o ejecuciones, incluyendo eventualmente su difusión o fijación en soporte adecuado.

5.2. En caso de incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato laboral por parte del empleador, el artista podrá exigir su cumplimiento en forma subsidiaria y en ese orden, al organizador, productor y presentador, conforme lo establezca el Reglamento.

5.3. El empleador es responsable solidario conjuntamente con el artista respecto de las obligaciones directamente relacionadas con la actividad artística materia del contrato laboral que los vincula y de las obligaciones que este genere, ante sindicatos y gremios vinculados a la actividad artística.

5.4. En caso de que el empleador sea persona jurídica irregular, los accionistas, directivos y administradores asumen responsabilidad personal respecto de los derechos y obligaciones del artista”.

En este artículo se pueden apreciar también algunas características del empleador: en primer lugar, el hecho de que puede ser persona natural o jurídica. Luego que no tiene incidencia la nacionalidad ni el domicilio. Enseguida establece que tiene (inicia o continúa) una relación contractual jurídica con un artista pero de acuerdo al régimen laboral. Recuerdese que podría existir una relación contractual de acuerdo al Código Civil,

como es la prestación de servicios no personales, la misma que no significa la generación de derechos laborales, en tanto está regulada, precisamente, por el Código Civil y no por las normas laborales. Y, finalmente, el hecho de que la relación laboral esté dirigida a la interpretación o ejecución por parte del artista.

Tal como señala Elmer Arce Ortiz, en la relación jurídica de las prestaciones laborales de los artistas se presentan varios componentes:

- Prestación personal.
- Debe estar dirigida a representar o realizar una obra artística.
- La obra artística debe exhibirse o mostrarse al público.
- La exhibición de la obra artística puede ser difundida por cualquier medio de comunicación o fijada en soporte adecuado, creado o por crearse⁽¹¹⁾.

Con esta parte de la ley, se encauza una realidad laboral de los artistas evitando la informalidad o una relación laboral “maquillada” o encubierta que no permite el ejercicio de beneficios que de ella se deriven. La naturaleza de la relación laboral de los artistas queda así, plenamente establecida.

En Chile, la Ley N° 19.889 incorporó al Código del Trabajo un capítulo referido a la regulación de la relación laboral de los artistas. Su artículo único señala:

“Capítulo IV

Del contrato de los trabajadores de artes y espectáculos

Artículo 145-A.- El presente Capítulo regula la relación de trabajo, bajo dependencia o subordinación, entre los trabajadores de artes y espectáculos y su empleador, la que deberá tener una duración determinada, pudiendo pactarse por un plazo fijo, por una o más funciones, por obra, por temporada o por proyecto. Los contratos de trabajo de duración indefinida se registrarán por las normas comunes de este Código.

(11) ARCE ORTIZ, Elmer. Régimen laboral de los artistas en el Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú, Editorial Palestra, p. 24 y ss.

Se entenderá por trabajadores de artes y espectáculos, entre otros, a los actores de teatro, radio, cine, internet y televisión; folcloristas; artistas circenses; animadores de marionetas y títeres; coreógrafos e intérpretes de danza, cantantes, directores y ejecutantes musicales; escenógrafos, profesionales, técnicos y asistentes cinematográficos, audiovisuales, de artes escénicas de diseño y montaje; autores, dramaturgos, libretistas, guionistas, doblajistas, compositores y, en general, a las personas que, teniendo estas calidades, trabajen en circo, radio, teatro, televisión, cine, salas de grabaciones o doblaje, estudios cinematográficos, centros nocturnos o de variedades o en cualquier otro lugar donde se presente, proyecte, transmita, fotografíe o digitalice la imagen del artista o del músico o donde se transmita o quede grabada la voz o la música, mediante procedimientos electrónicos, virtuales o de otra naturaleza, y cualquiera sea el fin a obtener, sea este cultural, comercial, publicitario o de otra especie (...).

Sus artículos siguientes especifican algunas características del contrato de trabajo como la duración del contrato, los días de descanso, costo de traslado, alojamiento, alimentación en caso de actuaciones en ciudades distintas, etc. La norma fue dictada el 16 de agosto de 2003.

En Argentina, la aplicación de las normas de protección en materia de Seguridad Social tiene los mismos inconvenientes que en nuestro país. La corta duración del tiempo de trabajo, muchas veces impiden el cumplimiento de los requisitos para ejercer un derecho.

2. Derechos sociales

Como se ha indicado anteriormente, la ley del artista tiene varios objetivos y ellos se pueden observar en el siguiente artículo:

“Artículo 3.- Objetivos

Son objetivos de la presente Ley: a) Normar el reconocimiento, la tutela, el ejercicio y la defensa de los derechos morales, patrimoniales, laborales y de seguridad social, entre otros, que le correspondan al artista intérprete y ejecutante y a sus interpretaciones y ejecuciones; b) Promover el permanente desarrollo profesional y académico del artista; c) Incentivar la creación y el desarrollo de fuentes de trabajo, a través de la participación de todos los trabajadores de la actividad, incluyendo a creadores y empresarios”.

2.1. Las sociedades de gestión y los derechos patrimoniales

Dentro de la Ley existe un Capítulo referido a los derechos patrimoniales, es decir, a la “explotación” y “ejecución” de las obras y por los cuales los artistas tienen beneficios o derechos patrimoniales.

El derecho de reproducción a que se refiere el artículo 15 de la Ley significa la exclusividad de “autorizar, realizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas o videogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma y mediante tecnología creada o por crearse”. Todo ello y la incorporación de sus interpretaciones y ejecuciones en obras audiovisuales grabadas o reproducidas generan derechos patrimoniales”.

Pero, además, se señala con claridad el derecho de remuneración que tienen en los siguientes casos:

- a) La utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para la comunicación al público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas o incorporadas en obras audiovisuales grabadas o reproducidas de cualquier forma con fines comerciales mediante tecnología creada o por crearse.
- b) El alquiler de sus fijaciones audiovisuales o fonogramas, grabadas o reproducidas en cualquier material y mediante tecnología creada o por crearse, aun cuando haya transferido o cedido su derecho a autorizar el alquiler.
- c) La transferencia de la creación artística, por única vez, fijada a otro formato distinto para ser utilizada por un medio diferente al originario.

Se incluye el derecho por doblaje de las interpretaciones.

La Ley establece que el cobro de estos derechos patrimoniales serán administrados por las Sociedades de Gestión Colectiva de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes y de los Productores de Fonogramas y de Videogramas.

En cuanto a la protección social podemos establecer dos tipos de beneficios:

- El Fondo de Derechos Sociales del Artista. La incorporación de los artistas en los regímenes de seguridad social (salud y pensiones).

2.2. Fondo de derechos sociales del artista

El artículo 25 del reglamento señala:

“Artículo 25.- El Fondo de Derechos Sociales del Artista: Naturaleza Jurídica

El Fondo de Derechos Sociales del Artista al que se refiere la Ley tiene naturaleza privada, es administrado por el Seguro Social de Salud-EsSalud, y tiene por objeto abonar a sus afiliados, la remuneración vacacional acumulada, la compensación por tiempo de servicios y las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad. El ente administrador está encargado de recaudar los aportes, pudiendo celebrar convenios de recaudación con otros organismos o entidades públicas, de acuerdo a Ley.

Por resolución ministerial del Sector Trabajo y Promoción del Empleo, conforme lo dispuesto por la Tercera Disposición Final del presente reglamento se establecen los mecanismos de participación de los sujetos beneficiados en la gestión del fondo y las demás disposiciones relativas a su administración”.

Y más adelante, el mismo artículo agrega:

“Entiéndase que el Fondo de Derechos Sociales del Artista comprende como afiliados a los artistas intérpretes y ejecutantes, así como a los técnicos vinculados a la actividad artística incluidos en el ámbito de la Ley”.

En esta parte se aclara la aplicación de la ley en general y el campo de aplicación a quienes va dirigido el Fondo, el que fue creado por el anterior Decreto Ley N° 19479, también era administrado por el entonces Instituto Peruano de Seguridad Social, ahora Seguro Social de Salud.

Pero otra de sus novedades es el tratamiento económico financiero del Fondo constituido por “(...) un patrimonio individual y un patrimonio común. Forman parte del patrimonio individual de cada beneficiario: las aportaciones por concepto de vacaciones, la Compensación por Tiempo de Servicios y gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad; los intereses que generen los depósitos de las aportaciones al Fondo en las entidades financieras, entre otros (...)”.

La Ley señala los beneficios a que se refiere el artículo 25 –citado anteriormente– y a los que tienen acceso los artistas a través de este Fondo:

“Artículo 35.- Pago de Vacaciones

La remuneración vacacional acumulada será entregada por el Fondo de Derechos Sociales del Artista al beneficiario a partir del 15 de diciembre de cada año.

Artículo 36.- Pago de Compensación por Tiempo de Servicios

36.1. La compensación por tiempo de servicios acumulada en el Fondo de Derechos Sociales del Artista será entregada al beneficiario cuando este decida retirarse de la actividad artística. No obstante, el trabajador puede retirar hasta un 50 % de su compensación por tiempo de servicios aún encontrándose laborando dentro de la actividad artística.

36.2. Todo lo no previsto en este artículo se regula por la ley de la materia.

Artículo 37.- Gratificaciones

Para el pago de las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad, el empleador abonará mensualmente al Fondo de Derechos Sociales del Artista, un sexto de la remuneración percibida por el artista y/o el trabajador técnico vinculado a la actividad artística”.

Se puede indicar que la administración del Fondo –a cargo del Seguro Social de Salud, Essalud– comprende la recaudación de los aportes, su administración y el pago de los beneficios.

Se trata, entonces, de beneficios basados en la acumulación de montos pagados por los empleadores para dar lugar al pago de cada uno de los beneficios que, en otras condiciones, los perciben los trabajadores del régimen general. Es evidente la diferencia entre un trabajador que tiene –generalmente– una regularidad en el tiempo por su labor y una remuneración periódica que permite un descuento también regular y un trabajador artista que no siempre presenta esa característica por su trabajo y que obliga a la acumulación de un fondo especial y personal para determinados beneficios como las vacaciones y las gratificaciones, sobre todo.

2.3. Inscripción del empleador

Como todo empleador, en sus relaciones con la seguridad social tiene algunas obligaciones que realizar, unas respecto de la propia relación laboral y otras de los beneficios que se deriven de esa relación, específicamente

con los derechos sociales como los del Fondo y los de la incorporación a los sistemas de seguridad social.

En este caso, se encuentran las obligaciones de inscripción y de pago de aportes.

Además del concepto de empleador señalado en el artículo 4 de la Ley y comentado anteriormente, el reglamento establece las disposiciones específicas sobre su inscripción en el Fondo. En el artículo 27 del reglamento se indica que toda persona que tenga la calidad de empleador tiene la obligación de inscribirse dentro de los 10 días siguientes al inicio de sus actividades.

3. La incorporación a la seguridad social

Ya hemos indicado, anteriormente, que otro de los aspectos de la ley es la incorporación de artistas, intérprete y ejecutante, así como los técnicos, a los regímenes generales de Seguridad Social vigentes en el país.

“Capítulo IV

Pensiones y protección a la salud

Artículo 42.- Pensiones y prestaciones de salud

El artista y el trabajador técnico vinculado a la actividad artística están sujetos obligatoriamente a los sistemas de pensiones y prestaciones de salud regulados por la normativa correspondiente y por la presente Ley”.

El artículo incorpora a los artistas a los regímenes generales con el carácter de obligatorio. El sistema de Seguridad Social en nuestro país está dirigido, fundamentalmente, a los trabajadores con relación de dependencia laboral y ellos deben, obligatoriamente, pertenecer a los regímenes de salud y de pensiones, vigentes. Por ello es que, anteriormente, los regímenes existentes (Sistema Nacional de Pensiones y Regímenes de Prestaciones de Salud) los consideraba como “asegurados obligatorios”. Los artistas, en tanto firman un contrato laboral, son trabajadores con relación de dependencia laboral, por lo tanto, pertenecen a los regímenes de salud y pensiones.

Sin embargo, como se ha indicado, el peligro de la informalidad laboral y la “alta intermitencia” en el caso de los trabajadores artistas atenta contra la aplicación real de estas normas y, por ende, de su derecho a las prestaciones en salud y pensiones. Muchos trabajadores artistas laboran sin contrato, por diferentes razones, algunos por considerar que solo laboran por un

tiempo determinado, otros por falta de interés del propio artista, por evadir obligaciones que se derivan del contrato, entre otros.

El Reglamento, en su artículo 23, dentro del Capítulo De los Derechos Laborales, reitera este derecho.

“Artículo 23.- Pensiones y protección de la Salud

En cuanto al régimen previsional del trabajador artista, este puede optar entre el sistema de pensiones administrado por Oficina de Normalización Previsional (ONP), o por el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, rigiéndose por sus respectivas normas”.

No obstante, pese a referirse en el título a ambos regímenes o campos de protección, en su texto se refiere a la opción actual que tiene entre incorporarse al Sistema Nacional de Pensiones (lo denomina “el sistema de pensiones administrado por la Oficina de Normalización Previsional (...)”) o el Sistema Privado de Pensiones. No cita las prestaciones de salud a cargo del Seguro Social de Salud.

El artículo 39 los incluye en el Fondo de Derechos Sociales del Artista y en prestaciones de salud pero no en los sistemas de pensiones, seguramente en el entendido que sus aportes no van a ser suficientes para obtener un derecho a pensión alguna:

“Artículo 39.- Régimen del artista extranjero

El artista extranjero que actúe en el país, con arreglo a la presente Ley, debe estar afiliado al Fondo de Derechos Sociales del Artista y a una entidad prestadora de Salud Pública o Privada nacional, trámites que correrán a cargo del empleador. Se exceptúa el caso del artista extranjero que realiza presentaciones unitarias, siempre que su permanencia en el país no supere los 20 días calendario, en cuyo caso, será de cargo del empleador sufragar los gastos de atención médica que el artista extranjero requiera”.

La inclusión comprende a los artistas extranjeros que permanezcan en el país por más de 20 días, debiendo afiliarse al Fondo y al Seguro Social de Salud o a una Entidad Prestadora de Salud, EPS.

Si se tratara de un artista extranjero que actuara menos de ese tiempo la probable atención médica que requiera será de cargo directo del empleador.

Ello no impide que un artista extranjero deba ser incluido como trabajador con relación de dependencia para un sistema de pensiones, sea el nacional o el privado. O, eventualmente, como afiliado voluntario o facultativo. Indudablemente, sus aportes darán lugar a un beneficio.

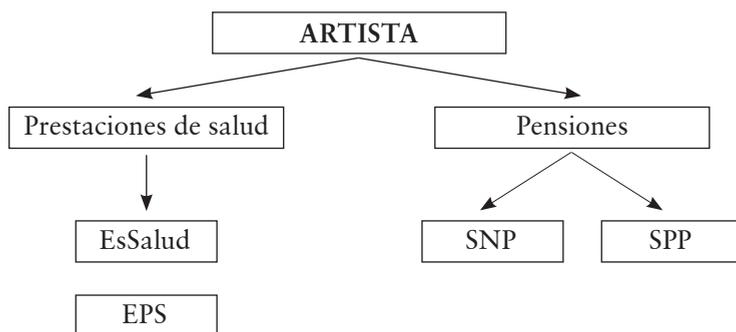
Además, como es evidente, no están comprendidos los artistas independientes o autónomos, aquellos que realizan sus actividades por cuenta propia. Ellos no tienen relación laboral y la Ley, en su Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final, determina que sus normas son aplicables a las “relaciones de naturaleza laboral”, lo cual es ratificado en el reglamento indicándose que los derechos y obligaciones de naturaleza laboral no son aplicables “a los artistas que desempeñan su labor en forma autónoma o independiente”, salvo excepciones que señale la ley (artículo 6 del reglamento).

3.1. Situación actual

Teniendo en cuenta nuestra actual Seguridad Social, la protección del artista en esta materia, comprende:

1. **Prestaciones de salud:** Seguro social de salud y, eventualmente, las Entidades Prestadoras de Salud (EPS).
2. **Pensiones:** Sistema Nacional de Pensiones (ONP) o Sistema Privado de Pensiones (AFP).

La incorporación de los artistas nos lleva a una generalización legal en cuanto a derechos y obligaciones de todos los trabajadores que es necesario analizar, a la luz de una realidad laboral específica de los artistas –como hemos señalado anteriormente–, en muchos casos, diferente a la de los demás trabajadores.



Ambas áreas, la de salud y pensiones, son importante en la protección de la persona humana. Y en el caso de los artistas, se hace más dramática en tanto su difusión pública la hace más notoria. Un artista enfermo o un artista en la vejez, sin la protección adecuada, genera mayor reflexión respecto de la verdadera protección que debe recibir por parte de los organismos encargados de hacerlo.

Sin embargo, pocos son los artistas que por propio derecho, es decir, por haber cumplido los requisitos ante una entidad de seguridad social, reciben la correspondiente atención médica o la obtención de una pensión de jubilación. Es difícil observar un pensionista artista únicamente por sus años de trabajo como artista. Y es que, como vamos a analizar, los regímenes generales de protección –además de las relaciones laborales de los artistas, propiamente– requieren del cumplimiento de requisitos que no siempre están en condiciones de cumplirse.

3.2. Prestaciones de salud: Ley de modernización de la seguridad social en salud

Las prestaciones de salud, en materia de Seguridad Social, son reguladas por la Ley N° 26790, promulgada el 15 de mayo de 1997. Su Reglamento es el Decreto Supremo N° 009-97-SA, promulgado el 8 de setiembre de 1997.

Evidentemente, los trabajadores artistas deben estar considerados como afiliados regulares en tanto se trata de trabajadores con relación de dependencia laboral. Al tener dicha condición, el ámbito de su protección comprende también a sus derechohabientes que, para los efectos de esta norma, son:

- El cónyuge o el concubino;
- Los hijos menores de edad; y,
- Los hijos mayores incapacitados en forma total y permanente para el trabajo, siempre que no sean afiliados obligatorios.

Para el caso del concubinato, la norma nos remite al artículo 326 del Código Civil, es decir, la unión de hecho entre un varón y una mujer, por lo menos durante una continuidad de dos años. Pero, además, la norma señala que la cobertura de los hijos se inicia desde la concepción, en la atención a la madre gestante. Esta disposición ha permitido la atención de hijos próximos a nacer que tengan el carácter de extramatrimoniales, para lo cual el afiliado regular tendrá que cumplir también con determinados requisitos que aseguren que el niño por nacer tiene como padre al afiliado regular que los declare como tales.

Algunos artistas podrían tener la calidad de pensionistas por la realización de otras actividades laborales (la docencia, por ejemplo), en cuyo caso, tienen la calidad de afiliados regulares por su condición de pensionistas. Por ejemplo, una persona trabajó como docente de un colegio (estatal o particular) por lo cual consiguió cumplir con los requisitos para adquirir una pensión. Al obtener este beneficio adquiere la calidad de pensionista y, por lo tanto, de afiliado regular de la Ley de Modernización de la Seguridad en Salud. Sin embargo, además de pensionista trabaja, como artista, en algún espectáculo; si se diera esta situación tendría una doble condición de afiliado regular, como pensionista y como trabajador.

O también podría ser trabajador artista y, además, de otra actividad laboral, situación en la que también tendría la calidad de afiliado regular. Si se tratara de esta situación, indudablemente, ya no tendrían la necesidad de inscribirse en el Seguro Potestativo.

3.3. Financiamiento

El financiamiento de este sistema se basa en el aporte que realizan los empleadores por sus trabajadores y en el que efectúan los pensionistas. Actualmente el aporte es 9 % mensual de la remuneración asegurable y está a cargo íntegramente del empleador. Los pensionistas abonan el 4 % mensual, descontado de su pensión. Los empleadores asumen este pago, teniendo en cuenta que los trabajadores asumen el pago del aporte para el sistema de pensiones en que se encuentren (Sistema Nacional o Sistema Privado).

Tal como se ha indicado precedentemente, si hubieren adquirido la calidad de pensionistas (sea del Sistema Nacional o del Sistema Privado de Pensiones) por otras actividades laborales –no necesariamente las artísticas– su aporte por ello, será el 4 % de su pensión. Y si fuere pensionista y trabajador artista –tal como lo hemos relatado anteriormente– deberá abonar el aporte correspondiente, en ambos casos. Y si fuere trabajador artista y de otra actividad laboral, también deberá aportar los porcentajes correspondientes, por ambas actividades laborales, siempre a cargo del empleador.

Si los artistas independientes, o aquellos que laboren sin relación de dependencia laboral, se inscribieran en la modalidad de Seguro Potestativo y los Planes de Salud que ofrecen el Seguro Social de Salud, aportarán los porcentajes y montos que se establezcan en cada uno de los contratos que suscriban.

3.4. Las prestaciones

Las prestaciones que brinda la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud son las siguientes:

- a) **Prestaciones preventivas y promocionales:** Educación para la salud; Evaluación y control para los riesgos; Inmunizaciones.
- b) **Prestaciones de recuperación:** Atención médica, ambulatoria y de hospitalización; Medicinas e insumos médicos; Prótesis y aparatos ortopédicos imprescindibles; Servicios de rehabilitación.
- c) **Prestaciones de bienestar y promoción social:** Actividades de proyección, ayuda social y de rehabilitación para el trabajo, orientadas a la promoción de la persona y protección de su salud.
- d) **Prestaciones económicas:** Subsidios por incapacidad temporal, maternidad, lactancia y prestaciones por sepelio.

3.5. Capa simple y capa compleja

La ley ha establecido esta diferencia para la atención médica y agrega que, en el caso de la capa simple, el asegurado puede optar por atenderse en EsSalud o en una Entidad Prestadora de Salud, EPS. Al incorporarse a los artistas a este régimen general de Seguridad Social deberán atenderse a esta opción.

Puede tratarse, entonces, de artistas que pertenecen a una empresa que opera en distintas actividades (incluyendo las artísticas) o de empresas dedicadas a espectáculos artísticos, específicamente. En ambos casos podría presentarse la posibilidad de realizar el proceso eleccionario, aunque en la práctica será difícil que una empresa de espectáculos pueda realizar el proceso si es que las remuneraciones no son tan altas como para que los trabajadores artistas puedan solventar los “copagos” o pagos adicionales que deben realizar las personas que se trasladan a ese sistema.

3.6. Derecho de cobertura

Los afiliados artistas y sus derechohabientes tienen el derecho a las prestaciones del Seguro Social de Salud siempre que aquellos cuenten con tres meses de aportación consecutivos o con cuatro no consecutivos dentro de los seis meses calendarios anteriores al mes en que se inició la causal. Este es un requisito en el que se va a insistir constantemente para el reconocimiento de derechos en la Ley de Modernización. Es decir, a partir del mes anterior a la fecha en que se desea ejercer el derecho a la atención médica se

cuenta 6 meses hacia atrás y dentro de ellos se deben acreditar los 3 meses consecutivos o 4 alternados.

6	5	4	3	2	1	Mes de la contingencia
---	---	---	---	---	---	------------------------

Tres meses consecutivos

o cuatro no consecutivos

Por lo general, se trata de trabajadores –en nuestro caso, artistas– que ingresan a laborar formalmente, un día equis. Transcurren 3 meses y al cuarto se genera el derecho a la atención médica. Pero, podría darse la posibilidad de que no necesariamente tienen esta posibilidad y, entonces, tendrá que recurrirse al cumplimiento de alguna de las otras posibilidades. Pero, en caso de accidente basta que exista afiliación.

Para el caso de la atención por maternidad, se exige también el requisito de que el “el titular del seguro se encuentre afiliado al tiempo de la concepción” (artículo 35 del reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud). Se trata de la acreditación, por parte del titular del derecho, en estar afiliado al momento en que se inicia la gestación y no necesariamente en el último empleador sino de estar afiliado en cualquier empleador. Afiliado el titular, la cónyuge, concubina o madre gestante del hijo del titular, podrá atenderse en prestaciones por maternidad.

En el caso de una artista que se desee atender por situación de maternidad, debe acreditar los dos requisitos, el de las aportaciones y el de la inscripción al momento de la gestación. Si, por ejemplo, una artista es inscrita en un empleador con posterioridad al inicio de la gestación ya no se estaría cumpliendo el segundo requisito y, por lo tanto, tampoco tendría derecho a la atención médica por este motivo.

La exigencia de los periodos de aportación que se señalan y dada la naturaleza especial del trabajo artístico, se hace difícil para algunos artistas cumplir con los requisitos y, por lo tanto, de lograr la acreditación. Salvo, obvio, las situaciones de accidente.

En este sentido, y respecto del primer requisito, es necesario recordar el Decreto Supremo N° 005-2005-TR que reglamenta la incorporación de los trabajadores pescadores de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador al sistema de EsSalud en cuyo artículo 7 se señala que los pescadores que antes pertenecieron a la Caja de Beneficios y Seguridad Social del

Pescador tienen una situación excepcional que es la referida a que no deben cumplir con los requisitos generales sino:

- Solo 2 aportaciones consecutivas o no consecutivas (y no tres o cuatro, como se exige a los afiliados regulares) en los últimos seis meses; y,
- Tener vínculo laboral en el mes en que se deseé atender en el Seguro Social. La norma agrega en este último caso que no tuviera vínculo laboral solo tendría derecho a la atención médica y a las prestaciones económicas (subsidios por lactancia y sepelio).

Teniendo en cuenta que el artista tiene una situación laboral también especial, en cuanto no siempre es una persona con regularidad en su trabajo, es decir, con los conceptos de “alta intermitencia” o “discontinuidad” se torna difícil la aplicación real de las disposiciones generales para acceder a los derechos de atención médica en la Ley de Modernización de Seguridad Social en Salud. La intermitencia de los periodos generará periodos de espera o de carencia para la seguridad social que no permitirá su acceso permanente como el de un trabajador regular.

3.7. Derecho de cobertura por desempleo

El desempleo se ha convertido en una permanente contingencia susceptible de ser protegida por la Seguridad Social. Como indica el doctor Jorge Rendón Vásquez, ha sido definido como “la imposibilidad de trabajar de una persona apta para el trabajo por causas ajenas a su voluntad. Puede afectar a una persona ocupada, o a una que recién debe incorporarse a la actividad laboral y no encuentra empleo”⁽¹²⁾.

La Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud comprende el derecho de cobertura por desempleo, establecido por Decreto de Urgencia N° 008-2000, del 22 de febrero de 2000. Se trata del derecho a continuar percibiendo las atenciones médicas en casos de desempleo y de suspensión perfecta de labores.

Este derecho puede extenderse hasta 12 meses después de haber dejado de laborar, siempre que cuente con un mínimo de cinco meses de aportación en los últimos tres años precedentes al cese, acogiéndose a dos meses de periodo de latencia por cada cinco meses de aportación.

(12) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho de la Seguridad Social*, p. 347.

3.8. Las prestaciones económicas

También la ley comprende determinadas prestaciones en dinero que se brindan a algunos beneficiarios bajo determinadas condiciones. Son prestaciones en dinero (subsidios y prestación por sepelio) por las siguientes contingencias:

- a) Subsidio por incapacidad temporal.
- b) Subsidio por maternidad.
- c) Subsidio por lactancia.
- d) Prestación por sepelio.

Todas estas prestaciones en dinero siguen siendo abonadas por el Seguro Social de Salud.

El subsidio por incapacidad anteriormente se llamaba subsidio por enfermedad. Se otorga a la persona que se encuentra incapacitada de salud, con un carácter temporal. Es importante señalar que los primeros 20 días en que se debe pagar el subsidio son de cargo del empleador mientras que el Seguro Social de Salud asume el pago a partir del día siguiente y hasta un máximo de 11 meses y 10 días, si son consecutivos.

El subsidio por maternidad se paga a la madre trabajadora que se encuentra embarazada y con la finalidad de contribuir a las necesidades del recién nacido. Se otorga por 90 días, pudiendo estos distribuirse en los periodos inmediatamente anteriores o posteriores al parto, conforme lo elija la madre, a condición que durante esos periodos no realice trabajo remunerado.

Pero, además, en este beneficio se requiere también que la trabajadora haya estado inscrita a la fecha en que se inicia la gestación. Tal como se ha comentado anteriormente, este requisito es indispensable para el subsidio por maternidad y, en este caso, lo debe cumplir la propia posible beneficiaria puesto que se trata de una prestación que lo va a percibir ella misma. Esta inscripción podrá ser en el último empleador o en otro en el que haya laborado anteriormente.

El subsidio por lactancia se otorga por el nacimiento de un hijo del asegurado o asegurada titular. Si se tratara de dos o más hijos el monto que se otorga será por cada hijo nacido.

Teniendo en cuenta que este beneficio se abona por el nacimiento del niño, si se tratara de una madre artista que no se encuentre laborando y el titular (padre del niño) sea afiliado regular de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, el pago se efectuará a la madre artista. Y si los dos (padre y madre) fueran artistas trabajadores pertenecientes a la Ley de Modernización de la Seguridad Social, el pago se hará a la madre, por el nacimiento de un niño.

El monto es una cantidad fijada (820 nuevos soles) por el Directorio del Seguro Social de Salud.

La prestación por sepelio se otorga a la persona (o personas) que ha efectuado el gasto (o gastos) de sepelio del asegurado titular fallecido, artista asegurado o pensionista. El monto máximo de esta prestación es equivalente a 2 mil 70 nuevos soles, de acuerdo a lo gastos que prueben con la documentación correspondiente.

- **Sistema nacional de pensiones**

Como se ha señalado anteriormente, el trabajador artista tiene la posibilidad, en materia de pensiones, de optar por el Sistema Nacional de Pensiones o por el Sistema Privado de Pensiones.

En ambos, se otorgan pensiones de invalidez, jubilación, sobrevivientes y capital de defunción, siempre que se cumplan determinados requisitos, de allí la importancia de que estos derechos sean conocidos por los artistas.

El Decreto Ley N° 19990 entra en vigencia el 1 de mayo de 1973 unificando los regímenes del ex Seguro Social Obrero y ex Seguro Social del Empleado. Los artistas (intérpretes, ejecutantes y técnicos) están considerados dentro del Sistema Nacional de Pensiones desde su inicio.

Campo de aplicación

De haber optado un artista por el Sistema Nacional de Pensiones, tendrá la calidad de asegurado obligatorio. En el SNP estos son aquellos trabajadores con relación de dependencia laboral.

Es importante hacer mención que el Decreto Ley N° 19990 incluye en calidad de asegurados obligatorios a todos los trabajadores:

“Artículo 3.- Son asegurados obligatorios del Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, con la excepción a que se refiere el artículo 5o., los siguientes:

- a) Los trabajadores que prestan servicios bajo el régimen de la actividad privada a empleadores particulares, cualesquiera que sean la duración del contrato y/o el tiempo de trabajo por día, semana o mes;
- b) Los trabajadores al servicio del Estado bajo los regímenes de la Ley N° 11377 o de la actividad privada que a la fecha de vigencia del presente Decreto Ley ingrese a prestar servicios en el Poder Judicial, en el Servicio Diplomático y en el Magisterio;
- c) Los trabajadores de empresas de propiedad social, cooperativas y similares;
- d) Los trabajadores al servicio del hogar;
- e) Los trabajadores artistas; y
- f) Otros trabajadores que sean comprendidos en el Sistema por Decreto Supremo, previo informe del Consejo Directivo del Seguro Social del Perú”.

Además, la norma recalca en su inciso a) “(...) cualesquiera que sean la duración del contrato y/o el tiempo de trabajo por día, semana o mes;” (art. 3 del Decreto Ley N° 19990).

El reglamento del Decreto Ley N° 19990 reafirmaba esta situación y especificaba:

“Artículo 3.- Son trabajadores artistas aquellos a que se refiere el Decreto Ley N° 19479”.

La cual, indudablemente se verá actualizada por la nueva norma vigente en cuyo artículo 2 –citado al inicio de este trabajo– se señala que “se considera artista intérprete y ejecutante, en adelante ‘artista’, a toda persona natural que representa o realiza una obra artística, con texto o sin él, utilizando su cuerpo o habilidades, con o sin instrumentos, que se exhiba o muestre al público, resultando una interpretación y/o ejecución que puede ser difundida por cualquier medio de comunicación o fijada en soporte adecuado, creado o por crearse”.

En el SNP también existe la modalidad de asegurados facultativos (continuación facultativa y facultativos independientes) a los cuales puede acceder el artista independiente o que hubiere sido trabajador con relación laboral, anteriormente, según sea la modalidad de este seguro que desee obtener.

Financiamiento

A partir del 1 de enero de 1996, el porcentaje es 13 % de la remuneración asegurable, a cargo del trabajador.

Al igual que en el régimen de prestaciones de salud, los artistas, al encontrarse incluidos en el SNP –si así lo han decidido–, deberán aportar dicho porcentaje. Y también se podrían presentar las mismas posibilidades de ser artista y trabajador de otra modalidad con relación de dependencia, en cuyo caso deberá aportar por ambos conceptos. Igualmente, si fuera trabajador artista en varios empleadores, se abonarán los aportes por cada uno de los trabajos que realiza.

En este caso, el empleador es el obligado a declarar, retener y efectuar el aporte de los trabajadores artistas.

Prestaciones

El Sistema Nacional de Pensiones otorga las siguientes prestaciones:

- a) Pensión de invalidez
- b) Pensión de jubilación
- c. Pensiones de sobrevivientes
 - Pensión de viudez
 - Pensión de orfandad
 - Pensión de ascendientes
- d. Capital de defunción

La pensión de jubilación se otorga al cumplimiento de dos requisitos:

- Edad; y,
- Aportaciones.

La edad para jubilarse actualmente es de 65 años tanto para los hombres como para las mujeres (Ley N° 26504), pero puede adelantarse a partir de los 50 para las mujeres y de los 55 años para los hombres en los siguientes casos: a) Cuando el trabajador realiza labores particularmente penosas o que implican un riesgo para su vida o su salud; b) Cuando se ve afectado por reducción o despedida total de personal; Cuando el hombre tiene 30 años completos de aportaciones y la mujer tiene 25 años completos de aportaciones.

El requisito de los años de aportaciones es, actualmente, un mínimo de 20 años completos para jubilarse.

También se pueden presentar los casos excepcionales en que un artista pudo haber sido trabajador regular en otra modalidad –a lo mejor, más frecuente– y, posterior o anteriormente, artista. De darse esa posibilidad, se acumularían los periodos para la obtención del derecho.

Si se tratara de trabajos simultáneos –artista y otra modalidad– los periodos se contarán como años consecutivos mas no serán contabilizados como dos periodos. Por ejemplo, si en un año trabajara como artista y simultáneamente en otra labor, el periodo aportado será de un año.

También podríamos encontrarnos ante una posibilidad de una persona que pudiera ser asegurado trabajador artista y asegurado facultativo (de continuación facultativa o facultativo independiente). En esta situación, los periodos de aportación se acumularán, en tanto no sean simultáneos.

Pensiones de sobrevivientes

a) La pensión de viudez

Se otorga a la cónyuge del asegurado o pensionista fallecido o al cónyuge inválido o mayor de 60 años que haya estado a cargo de la asegurada. El monto de la pensión de viudez es igual al 50 % de la pensión de invalidez o jubilación a que hubiere tenido derecho el causante.

La pensión se percibe en forma indeterminada, salvo que la beneficiaria vuelva a contraer matrimonio. Si eso sucede, esto es, si la pensionista artista vuelve a contraer matrimonio, se da por terminada la pensión y en su reemplazo se otorga una **bonificación por nuevo matrimonio**, por única vez.

Si se tratara de una pensionista de viudez que es artista, es decir, que labora formalmente como artista, puede percibir la pensión y la remuneración sin restricción o prohibición alguna. Más aún, la pensionista de viudez artista puede tener también su pensión como jubilación. Una es por derecho propio (jubilación) y la otra por derecho derivado (pensión de viudez).

b) La pensión de orfandad

Se otorga a todos los hijos menores de 18 años y se puede prorrogar, hasta los 21 años siempre que continúen estudios; o,

más allá de 21 años, cuando se prueba que se encuentran incapacitados de trabajar.

c) La pensión de ascendientes

Se otorga al padre o a la madre del asegurado o pensionista fallecido siempre que tenga por lo menos 60 o 55 años de edad, respectivamente. Además tienen que haber dependido económicamente del causante, y no percibir rentas superiores al monto de la pensión que le correspondiera.

El monto de esta pensión es igual al 20 % de la pensión que le hubiere podido corresponder al causante, para cada uno de los padres.

El capital de defunción

No es una pensión, es una prestación que se otorga por una sola vez, pero únicamente cuando no existen beneficiarios con derecho a pensión de sobrevivientes. Es equivalente a seis remuneraciones de referencia.

Se otorga, en orden excluyente a: cónyuge; hijos; padres; y, hermanos menores de 18 años.

El sistema privado de pensiones

Como indicáramos previamente, el trabajador artista tiene la posibilidad de afiliarse en el Sistema Privado de Pensiones, sea porque recién se incorpora a un trabajador o, siendo trabajador y afiliado al Sistema Nacional de Pensiones, decide trasladarse al Sistema Privado. Si se traslada del SNP al SPP dejará de pertenecer al anterior.

Incorporación

Para esta incorporación, el artista debe suscribir un contrato con una Administradora Privada de Fondos de Pensiones, AFP, y puede ser para quienes recién ingresan a laborar o para aquellos que se trasladan del Sistema Nacional.

Bono de reconocimiento

Es un documento que se otorga a quienes se trasladan del SNP al SPP y que tiene por objeto reconocer los años de aportaciones a los regímenes de pensiones anteriores a 1992 entre los que se encuentran, indudablemente, los del ex Seguro Social Obrero, ex Seguro Social del Empleado y del propio Sistema Nacional de Pensiones.

Los requisitos para obtener el Bono de Reconocimiento 1992, son:

- Haber estado afiliado a algunos de los sistemas de pensiones administrados por el entonces IPSS al 6 de diciembre de 1992.
- Haber tenido 48 meses de aportación a alguno de los sistemas de pensiones del IPSS dentro de los 10 años anteriores al 6 de diciembre de 1992.

También existen otros dos bonos de reconocimiento de 1996 y del 2001.

Aportes

En el SPP los aportes obligatorios son los siguientes:

Los aportes obligatorios son:

- a) 10 % de la remuneración asegurable. Anteriormente, era de 8 % de acuerdo a dispositivos legales que lo venían estableciendo así.
- b) Un porcentaje para las prestaciones de invalidez y sobrevivencia y un monto por gastos de sepelio, como prima de seguros.
- c) Los montos y porcentajes (comisiones) que cobren las AFP.

El aporte está a cargo de los trabajadores, los empleadores actúan como agentes retenedores (deben declarar y retener) y, luego, pagar en las cuentas de cada AFP. En tal sentido, nos remitimos al concepto de empleador que señala la Ley del Artista N° 28131, es decir, “a toda persona natural o jurídica, cualquiera sea su nacionalidad o domicilio, que contrata con el artista bajo el régimen laboral para que realice sus interpretaciones o ejecuciones, incluyendo eventualmente su difusión o fijación en soporte adecuado” (art. 5 de la Ley).

El aporte puede ser por flujo (remuneración) o por el saldo (ahorro) del afiliado.

Prestaciones

El Sistema Privado de Pensiones (SPP) otorga las siguientes prestaciones:

Pensión de jubilación.

Pensión de invalidez.

Pensiones de sobrevivencia.

Gastos de sepelio.

El derecho a la **pensión de jubilación** se obtiene cuando los afiliados, incluidos los artistas, por supuesto (si se encuentran en este sistema), cumplan 65 años de edad, sean hombres o mujeres. A diferencia del SNP, en el SPP solo existe el requisito de la edad.

En el Sistema Privado de nuestro país, se calcula sobre la base del saldo que arroje la cuenta individual de capitalización del afiliado artista, sea intérprete o ejecutante, es decir, del capital acumulado, el producto de la rendición del bono de reconocimiento (si es que tiene derecho a él) y la rentabilidad de los fondos, todo ello dividido entre el Capital Unitario Requerido (CRU).

$$P = \frac{A + R + Br}{CRU}$$

Cada afiliado tendrá una CRU según sus condiciones de jubilación como su esposa, edad de su esposa, edad del afiliado, etc.

Se trata de un sistema basado en el ahorro personal y, en el que, el afiliado que logra ahorrar mayor cantidad de dinero obtendrá un mejor beneficio. Incluso, las pensiones no tienen tope, como en el Sistema Nacional de Pensiones. Si nos ubicamos en el caso específico de un trabajador artista, se torna difícil lograr un ahorro significativo como para tener una buena pensión, salvo, evidentemente, algunas excepciones. Es indudable que a un trabajador que esté dedicado exclusivamente a su labor artística le será difícil acumular un monto importante, pues sus periodos de intermitencia laboral atentarán contra ello e irá en desventaja respecto del trabajador regular.

También podrían presentarse algunas situaciones especiales –ya comentadas para el Sistema Nacional– en las que un artista podría, simultáneamente, ser trabajador de otra especialidad (empleado público, profesor, trabajador de construcción civil, etc.). En ese caso, el aporte sería en ambos trabajos y para el Sistema Privado. La suma de ambos aportes sumaría su Cuenta Individual de Capitalización, en la que se acumulan sus ahorros y sería la base para su pensión.

Pensión de invalidez y sobrevivencia

- a) La pensión de invalidez

La situación de incapacidad la determina la Comisión Médica de la AFP (Comafp). No obstante, este dictamen puede ser

impugnado por el propio afiliado y ser revisado por la Comisión Médica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (Comec), en segunda y última instancia.

b) Las pensiones de sobrevivencia

Los beneficiarios de estas pensiones pueden ser:

- Cónyuge o concubina del artista.
- Hijos menores de 18 años.
- Hijos mayores de 18 años incapacitados para el trabajo.
- Padres mayores de 60 años que hayan estado a cargo del afiliado fallecido.

En este Sistema sí están incluidas las concubinas, es decir, las personas unidas de hecho sin impedimento matrimonial. Las concubinas artistas –siempre que cumplan los requisitos del concubinato, de acuerdo al Código Civil– pueden tener derecho a la pensión de viudez.

Los montos de estas pensiones pueden ser:

- 42 % para cónyuge o concubina sin hijos.
- 35 % para cónyuge o concubina con hijos.
- 14 % para los hijos menores de 18 años o mayores incapacitados.
- 14 % para los padres.

El monto total que se otorgue por pensiones de sobrevivencia, en su conjunto, no debe sobrepasar el 100 % de la remuneración del afiliado, entendiéndose por este concepto, el promedio de sus remuneraciones de los últimos 48 meses anteriores al siniestro, es decir, al fallecimiento del afiliado artista.

Los artistas que fueron pensionistas del SPP están incorporados dentro de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud a cargo del Seguro Social de Salud, EsSalud.

Modalidades de pensión:

- El retiro programado: se efectúan retiros mensuales hasta que el saldo de la cuenta individual de capitalización se extinga.
- La renta vitalicia personal: se otorga hasta su fallecimiento. En este caso, el monto puede ser menor pero se alarga hasta el fallecimiento. No está en vigencia.
- La renta vitalicia familiar: se contrata con la Empresa Seguros el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivencia.
- La renta temporal con renta vitalicia diferida: un afiliado obtiene, primero, una renta temporal y luego una renta vitalicia personal o familiar, en forma indefinida.

III. COMENTARIOS FINALES

La situación del artista, en cuanto a derechos en general, ha tenido un avance en los últimos tiempos. En materia de derechos sociales y, específicamente, en materia de seguridad social se puede observar una preocupación significativa. Un precedente es la incorporación de los artistas, a través de la Ley N° 15087, en la Ley N° 4916.

Los trabajadores artistas se encuentran incorporados en los sistemas de seguridad social vigentes en el país. Su incorporación se produce desde el Decreto Ley N° 19479, en la década del setenta, década de la unificación de los seguros sociales en el país y avance sustancial con eliminación de discriminaciones entre los tipos de trabajadores, a nivel de derechos, obligaciones y entes de gestión. Esta unificación se produjo tanto en materia de prestaciones de salud como en materia de pensiones.

La actual Ley N° 28131 ratifica su incorporación. Los derechos, en este aspecto, están considerados en la Ley de Modernización de Seguridad Social, el Sistema Nacional de Pensiones y el Sistema Privado de Pensiones. La inclusión de los artistas es pues en los regímenes generales en tanto son considerados como trabajadores con relación de dependencia laboral.

El tratamiento igualitario a los artistas con relación a otros trabajadores en cuanto a derechos y obligaciones genera algunas diferencias cuando

de aplicar las normas en la realidad se trata. Y ello debido a que el trabajo realizado por los artistas no tiene las mismas características como para exigírseles los mismos requisitos.

Si bien, la naturaleza de la relación jurídico-laboral del artista es diferente a su protección social, no puede negarse que una conlleva a la otra, fundamentalmente, porque nuestro sistema de seguridad social se basa en la protección a la persona humana en cuanto es trabajador con relación de dependencia laboral y, en este caso, además, por la duración intermitente de ese trabajo que no permite, en muchos casos, acceder a una prestación, de manera específica.

Por todo ello, es necesario revisar la legislación para adecuar la situación especial del artista a los regímenes generales de la Seguridad Social y, dentro de ellos, lograr una mejor aplicación de las normas, en cuanto al cumplimiento de obligaciones (aportaciones) como la adquisición de derechos (atención médica asistencial, subsidios, pensión de jubilación, jubilación adelantada, etc.).

La sociedad, y en especial la Seguridad Social, tienen una responsabilidad especial en lograr una cobertura adecuada, integral y oportuna de los riesgos a que están expuestos nuestros artistas, tal como lo recomiendan algunas entidades internacionales.

UNA MIRADA CRÍTICA AL SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO

Estela Ospina Salinas⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

Por razones profesionales correspondió a la autora conocer y participar en, por lo menos, cinco experiencias de reforma del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR). Sin embargo, ninguna logró modificar este mecanismo de aseguramiento de los riesgos laborales en el país. En todas las instancias, comisiones o comités existía el consenso sobre la importancia de reformar este seguro. Incluso algunas propuestas más críticas que apuntaban a una reforma de fondo del SCTR por no atender los objetivos por los cuales fue creado. Es esa experiencia la que permite escribir un artículo crítico al modelo de aseguramiento. A la vez, con la contrapartida de propuestas que atienden a establecer modificaciones indispensables. La expectativa es que contribuya a mejorar un mecanismo compensatorio frente al fracaso de la prevención en las empresas o entidades y que se promueva la universalización efectiva del SCTR.

(1) Abogada. Máster en Prevención de Riesgos Laborales. Docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex Directora General del Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud (Censopas) del Instituto Nacional de Salud. Ex Consejera del Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.

El país no puede continuar un desarrollo sostenible si no logra atender a quienes son víctimas de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales, que no se lograron prevenir cuando se debió.

II. ANTECEDENTES

El artículo 19 de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud (LMSSS) N° 26790 publicado en el diario oficial *El Peruano* el 17 de mayo de 1997 dispuso la sustitución del Régimen del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (SATEP) del Decreto Ley N° 18846, Ley de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales por un nuevo sistema aseguramiento frente a los riesgos del trabajo. Este Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) brinda protección frente a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales para las y los trabajadores, sean empleados u obreros, que laboran en los centros de trabajo que desarrollan las actividades de alto riesgo y que se encuentran comprendidas en el Anexo No. 5 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, Reglamento de Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud (RLMSSS).

Si bien se configuró en 1997 es hasta la fecha un régimen que presenta características únicas en América Latina, aunque guarda similitudes con Argentina y Colombia. Entre las principales características que lo convierten en único se encuentran su denominación, las prestaciones alternativas, las exclusiones en sus definiciones de accidente de trabajo y de enfermedad profesional; entre otras.

En primer lugar, la denominación de “seguro complementario de trabajo de riesgo”. Se conoce que *todo trabajo expone a riesgos*. Si bien la relación salud-trabajo es compleja y resulta poliédrica son innegables sus impactos sobre la salud de las y los trabajadores. De un lado, el trabajo ocupa un lugar central en la vida de las personas. A través de este, tanto los hombres como las mujeres definen su identidad y su función en la sociedad, subraya la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2009). También es fuente de muerte, sufrimiento, dolor y se estima que “cada 15 segundos, un trabajador muere a causa de accidentes o enfermedades relacionadas con el trabajo. Cada 15 segundos, 160 trabajadores tienen un accidente laboral. Cada día mueren 6,300 personas a causa de accidentes o enfermedades relacionadas con el trabajo – más de 2,3 millones de muertes por año” (OIT: 2014). Todas las ocupaciones generan un impacto sobre el cuerpo, la salud y vida de

las y los trabajadores, no solo las calificadas como “actividades de alto riesgo”. En el Perú, se encuentran casos de accidentes mortales, incapacitantes y enfermedades profesionales en actividades no catalogadas como de “alto riesgo”. Como en el sector de la industria alimentaria, fabricación de baterías, fabricación de pequeñas piezas metálicas, fabricación de muebles de madera, entre otras. En el caso de las actividades de servicios no se incluyen el transporte, corte, cepillado de madera, lavado de prendas de vestir (utilizan calderos), comercio, envasadoras, educación, entre muchas otras. Inclusive en el 2008, el 78 % de las atenciones por accidentes de trabajo que realizó EsSalud correspondieron a trabajadores que no se encontraban protegidos por el SCTR (ISAT: 2011). En ese sentido, la denominación es equívoca. Se trata de un mecanismo de aseguramiento de los riesgos del trabajo, específicamente de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales.

En segundo lugar, las entidades que pueden brindar las prestaciones son de selección alternativa, entre una entidad privada u otra pública. Ello implica que el otorgamiento de las prestaciones de salud en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, se puede contratar libremente con el EsSalud o con la Entidad Prestadora de Salud (EPS) elegida conforme al artículo 15 de la Ley N° 26790. Mientras que el otorgamiento de pensiones de invalidez temporal o permanente y de sobrevivientes y gastos de sepelio, como consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales se puede contratar libremente con la Oficina de Normalización Previsional (ONP) o con compañías de seguros debidamente acreditadas. Este es un mecanismo que no se evidencia en otro país y contiene elementos que deben ser modificados para brindar una mayor protección.

Un tercer elemento a considerar es el relativo a las exclusiones en las definiciones de accidente de trabajo y de enfermedad profesional. La autora presentó sus aportes críticos (2010: pp.34-59) sobre la forma como quienes elaboraron las normas emplearon conceptos excluyentes y cerrados, al margen del avance de la ciencia y la técnica preventiva desarrollada en la actualidad. Aspectos críticos que mantienen su plena vigencia, no solo teórica sino en la práctica cotidiana de la exclusión de víctimas de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales a prestaciones a las cuales deberían acceder.

Existen dos características positivas y que configuran las bases universales de un mecanismo de aseguramiento frente a los riesgos del trabajo. Primero, es obligatorio y no voluntario u opcional. Lo segundo, es por cuenta exclusiva del empleador, sea del Sector Privado o Público.

III. PRINCIPALES LIMITACIONES

Las reflexiones anotadas constituyen aspectos preliminares de lo que consideramos temas de fondo del denominado Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

1. Ausencia de un sistema de gestión integrado del SCTR

Un primer acercamiento a este seguro es identificar a los actores que brindan las prestaciones, si se trata de prestaciones médico-asistenciales y preventivo promocionales se encuentran EsSalud o las Entidades Prestadoras de Salud (EPS). Mientras, para el caso de las prestaciones económicas se tienen a la Oficina de Normalización Previsional (ONP) o a las Compañías de Seguros. Además, de las entidades que asumen la labor de supervisión y control de estas entidades y empresas.

EsSalud: El Seguro Social de Salud del Perú, EsSalud, es un organismo público descentralizado, con personería jurídica de Derecho Público interno, adscrito al Sector Trabajo y Promoción Social. Tiene por finalidad dar cobertura a los asegurados y sus derechohabientes, a través del otorgamiento de prestaciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, prestaciones económicas, y prestaciones sociales que corresponden al régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud, así como otros seguros de riesgos humanos (EsSalud: 2014). Esta entidad tiene como visión: “Ser una institución que lidere el proceso de universalización de la seguridad social, en el marco de la política de inclusión social del Estado”; y como misión: “Somos una institución de seguridad social de salud que persigue el bienestar de los asegurados y su acceso oportuno a prestaciones de salud, económicas y sociales, integrales y de calidad, mediante una gestión transparente y eficiente”. Además, de acuerdo a lo que señalan en su página web, se mantienen bajo los principios de solidaridad, universalidad, igualdad, unidad, integralidad y autonomía. Subrayan que tienen autonomía administrativa, técnica y financiera, debido a que sus fondos no provienen del presupuesto público, sino de las contribuciones de sus aportantes (EsSalud: 2014).

EPS. De acuerdo con la Superintendencia Nacional de Salud (Susalud: 2014) la Entidad Prestadora de Salud (EPS) se constituye como persona jurídica, organizada de acuerdo a la legislación peruana previa Autorización de Organización otorgada por Susalud. Tiene como objetivo exclusivo el de prestar servicios de atención para la Salud. Requieren Autorización de Funcionamiento otorgado por Susalud una vez cumplidos los requisitos

mínimos para su organización. Es importante añadir que tienen finalidad de lucro, como menciona una EPS “su negocio es servirle” y que en el caso del SCTR si presenta un mecanismo de competencia imperfecta, como mencionaremos en el siguiente capítulo, frente a EsSalud. En el caso de las EPS es Susalud, la entidad a cargo de vigilar el correcto funcionamiento y tiene facultades sancionadoras.

ONP: En el portal de la Oficina de Normalización Previsional se encuentra que su visión es ser “Líderes del servicio público en materia previsional” y su misión el “Brindar seguridad previsional otorgando pensiones mediante un servicio público eficiente, predecible y transparente”. Subrayan que sus valores son: integridad/sentido ético, vocación de servicio, profesionalismo/excelencia, responsabilidad, compromiso institucional, trabajo en equipo y sentido de justicia (ONP: 2014). Analizando su Plan Estratégico Institucional (PEI) se encuentra que supolítica principal: *Minimizar el tiempo entre el cese y el pensionamiento del trabajador*. Así, “los objetivos y metas que se plantean proponen el reto de elevar el desempeño institucional a un grado de excelencia, gestionando eficientemente los aportes de los asegurados, mejorando los procesos operativos y actualizando la tecnología que los soporta; pero sobre todo construyendo una cultura de calidad sostenida”. En el PEI se establecen como objetivos generales el ofrecer seguridad, brindar respuesta oportuna y asegurar institucionalidad. No se verificó un enfoque de seguridad social a pesar que gestionan los fondos del Sistema Nacional de Pensiones además de los que pudieran corresponder al SCTR. La ONP se encuentra adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas.

Compañías de seguros. Son empresas dedicadas a celebrar contratos de seguro, por los que reciben una prima en concepto de pago y se obliga frente al asegurado a indemnizarle, si ocurre deviene el evento o riesgo asegurado. Las condiciones del contrato de seguros deben estar claramente establecidas entre el asegurado y la compañía de seguros en una póliza o contrato (Empresas de Seguros: 2014). La entidad encargada de la regulación y supervisión es la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, es una institución de Derecho Público cuya autonomía funcional está reconocida por la Constitución Política del Perú.

Conforme se aprecia cada entidad sea privada o pública tiene una distinta entidad supervisora. Para el caso de SCTR, se tienen distintas instancias administrativas de supervisión. Ninguna de las cuales tiene el seguimiento completo e integral de un mecanismo de aseguramiento importante como es el SCTR, debido a que atiende a las víctimas de los accidentes de

trabajo y de las enfermedades profesionales. El SCTR carece de un enfoque sistémico en la gestión del mismo (OIT: 2005), afirmación que se comparte.

2. Un SCTR de mínima cobertura

Uno de los fundamentos de la creación del SCTR fue la ampliación de cobertura frente al SATEP que protegía a los trabajadores obreros a nivel nacional y desde el momento en que ingresaban a trabajar. Se mencionaba que al incorporar a los empleados afectos a las actividades de alto riesgo, se incrementaría significativamente la cobertura frente a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.

De acuerdo con las normas del SCTR, la totalidad de las y los trabajadores del centro de trabajo donde se desarrollan las acotadas actividades de alto riesgo tiene derecho a la cobertura. Para estos efectos, no es relevante su puesto de trabajo ni la naturaleza del contrato, puede tratarse de un obrero, empleado, eventual, temporal o permanente. Lo significativo es que desarrolle todo o en parte, alguna de sus labores en el centro de trabajo calificado como de actividad de alto riesgo, de conformidad con la definición del Anexo 5 del Reglamento de la LMSSS.

Un aspecto que algunas empresas aducen es que las subactividades de alto riesgo en empresas cuya actividad principal no es de alto riesgo, no se encuentran obligadas a contratar el SCTR, ni en salud ni en pensiones. Se menciona que solo las empresas cuya actividad principal es de alto riesgo se encuentran obligadas a contratar el SCTR.

Otro aspecto a revisar es la inconsistencia entre la codificación de actividades económicas de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas (CIU: 2009. rev. 4) y algunos de los códigos que gestiona la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat). Ello respondería al hecho que en la formulación del Anexo N° 5 de las Normas Técnicas del SCTR no se adoptaron en forma rigurosa los criterios de inclusión de las actividades. Lo que estaría generando dificultades para identificar las atenciones que deben ser o estar a cargo de las entidades prestadoras de salud o de empresas que omiten sus aportes. Estos problemas de omisiones dificultarían el derecho que tiene EsSalud para efectuar el control y la reversión de las prestaciones brindadas.

ISAT (2011) estimaba que la cantidad de empleadores omisos se había reducido a nivel de la gran y mediana empresa, no así en la pequeña y micro empresa. A pesar de desarrollar actividades de alto riesgo en actividades

microempresariales como son los talleres de reciclaje de baterías, fabricación de partes, entre otras no se encuentran cotizando al SCTR.

Según EsSalud (2004:2) la cantidad estimada de empresas omisas al SCTR según código CIU a diciembre de 2003 representó el 59 % del potencial de empresas que deberían aportar al SCTR por pertenecer a las actividades de alto riesgo.

Es más, según EsSalud (2004) el 76,2 % de los accidentes ocurridos en el trabajo que esta entidad atiende, se registran en las actividades que no son consideradas como de alto riesgo. Posteriormente, ISAT (2011) estableció que el 78 % de accidentes que son atendidos por EsSalud, cuyo origen es ocupacional pero no obtienen la cobertura del SCTR, debido a que la actividad no se encuentra registrada como de “alto riesgo”. Lo cual es evidencia para una ampliación de las actividades no comprendidas en el Anexo N° 5 de las Normas Técnicas del SCTR.

Distintos estudios sostienen que el nivel de cobertura efectivo que se alcanzó en el país solo llegaría al 4-5 % de la PEA (OIT: 2005) y del 8,8 % de la Población Económicamente Activa (PEA) ocupada mayor de 15 años (ISAT, 2011: 43-126). Mientras en los países de la SubRegión Andina el nivel de cobertura bordea el 30 %, excepto en el caso de Chile que alcanza al 60 % de la PEA. Siendo el Perú el país que menor nivel de cobertura ofrece a su población trabajadora a nivel de la Sub Región Andina y muy por debajo de otros países.

Frente a esta situación se han diseñado diversas iniciativas. La última fue la aprobación en el mes de febrero de 2014, en el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (CN-SST) de una ampliación parcial del Listado de las Actividades comprendida en el Anexo N° 5 del RLMSS. Este acuerdo tiene una adecuada fundamentación técnica y cuenta con el consenso social de la máxima instancia preventiva como es el CN-SST; sin embargo, a la fecha aún no se publica la norma jurídica sobre este particular.

3. Prestaciones económicas en el papel

Una de las prestaciones que debe brindar el SCTR son las económicas, sobre las cuales se centrará el análisis. Este modelo de aseguramiento partió de una restricción en el acceso frente al Satep. Actualmente, solo es posible acceder a prestaciones económicas por amputación de miembros superiores e inferiores a partir de una pérdida superior al 20 %. Lo cual según el baremo empleado corresponde a una pérdida de tres dedos y menos de ello,

no se accede a ninguna prestación económica, en el marco del SCTR. Las prestaciones mínimas establecidas en el D.S. N° 003-98-SA, Normas Técnicas del SCTR del 14 de abril de 1998, son la pensión de sobrevivencia, pensiones de invalidez y gastos de sepelio. Los términos y condiciones para el funcionamiento de este seguro se establecieron en esa norma reglamentaria.

a) Determinar la actividad de la empresa

En algunos casos se observó que la actividad que figura en la ficha RUC de la empresa en la cual la víctima trabajaba no corresponde a la que realmente desarrolla la empresa. Es el caso de empresas que aparecían como de mantenimiento y brindaban servicios especializados para actividades en labores de confinamiento total. También empresas que figuran como venta de artículos de ferretería y es un actividad industrial de fabricación de clavos. Existen empresas que aparecen como de “otras actividades empresariales” y en realidad se dedican a actividades de construcción civil. El caso de empresas de “servicios generales” y brindan actividades de transporte peligroso, con la consiguiente exposición de sus trabajadores.

Con la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y sus normas modificatorias y reglamentarias, las empresas usuarias cautelan mejor que las empresas de intermediación o de tercerización cumplan con contratar el SCTR para sus trabajadores. Sin embargo, se han producido casos de accidentes mortales en empresas de alto riesgo que recayeron en trabajadores de una empresa tercerizadora que no contaba con el SCTR.

Cabe preguntarse por la situación del Registro de Empresas de Alto Riesgo a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y la labor de fiscalización y control sobre este particular.

b) Determinar la invalidez

Uno de los aspectos que afectan el acceso a las prestaciones, sobre todo las de contenido económico, es la discusión que se genera sobre la condición de invalidez del trabajador o extrabajador. La víctima de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional debe demostrar la afectación de su salud.

Las compañías de seguros suelen cuestionar esta condición y la sustentan con certificados, diagnósticos y calificaciones que contradicen lo afirmado por el trabajador o extrabajador. Sobre este particular es posible acceder a los Expedientes N° 031-2002-ARB-SCTR y N° 010-2003-ARB-SCTR (Ceconar: 2013).

c) Determinar la configuración de la invalidez dentro de la vigencia de la póliza

Otra de las limitaciones que presenta el SCTR es la discusión sobre si la invalidez invocada se produjo dentro de la vigencia de la póliza. Generalmente, estas situaciones afectan a los trabajadores o extrabajadores que presentan su pedido de acceso a las prestaciones luego del término de la relación laboral y, por lo tanto, de vencido el contrato de seguro. Conforme se puede analizar en el Expediente N° 055-2004-ARB-SCTR (Ceconar: 2013).

d) Determinar con certeza suficiente que la invalidez configurada guarda nexos causal

La existencia de una invalidez generada en un accidente de trabajo es posible de ser objetivada. Mientras en el caso de las enfermedades profesionales opera el criterio del nexos causal, que es la relación de causalidad entre la labor de riesgo y el tipo de afectación a la salud. Sin embargo, en el caso del SCTR se le añade la complejidad de la demostración que dicha causalidad se originó razonablemente durante la vigencia de la póliza.

e) Determinar la compañía de seguros obligada

Esta situación se presenta cuando el extrabajador o trabajador presenta una enfermedad profesional progresiva y degenerativa, características casi generales de este tipo de patologías ocupacionales. Al admitir el SCTR la sucesión de varias aseguradoras obligadas sin establecer con claridad la corresponsabilidad de todas las compañías de seguros. Suele ocurrir que como en las enfermedades profesionales al ser irreversibles (en su mayoría) el grado de menoscabo y deterioro se va generando paulatinamente en el tiempo. Con lo cual, la última compañía de seguros que debe afrontar dicha invalidez, cuestione que no se

ha configurado durante la vigencia de su póliza, sino en la de una aseguradora anterior. Lo cual viene generando desprotección para las víctimas de las enfermedades profesionales, por la propia naturaleza de las mismas. Como es posible analizar en el Expediente N° 049-2004-ARB-SCTR (Ceconar: 2013).

f) Determinar la eliminación de responsabilidad

Otro de las graves limitaciones del SCTR es la cláusula de eliminación de responsabilidad al asumir la póliza, lo cual es parte de los acuerdos comerciales. En estos supuestos, la última aseguradora es la que paga si es que no puede probar configuración anterior y eliminación de responsabilidad al asumir la póliza. Este último supuesto debería estar prohibido, porque cancela a la víctima de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional el acceso a estas prestaciones.

g) Determinar el grado de invalidez

Este supuesto de disminución o rectificación del grado de menoscabo de un trabajador o extrabajador es complejo. Ello debido a que los accidentes de trabajo que dan origen al acceso a las prestaciones económicas son grados de incapacidad producto de lesiones o amputaciones físicas; mientras en el caso de las enfermedades profesionales suelen ser patologías irreversibles y en casos como las neumoconiosis son autoevolutivas. De allí que resulta extraña la modificación de la prestación económica que venía otorgando la compañía de seguros al presentarse una disminución en el grado de menoscabo del trabajador. Conforme se desprende del Expediente N° 045-2003-ARB-SCTR (Ceconar: 2013).

h) Determinar el incremento del grado de invalidez.

Esta situación fue resuelta por Sentencia del Tribunal Constitucional al fallar a favor del incremento de la prestación económica por aumento del grado de menoscabo del trabajador. Conforme se evidencia en la Sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 02-2005-AA/TC) se declara procedente el reajuste de las prestaciones económicas por aumento del grado de invalidez del trabajador.

i) Determinar la presentación del certificado de haber percibido subsidios de EsSalud

Otra limitación sobre la cual no existe base legal suficiente es la no tramitación de las solicitudes para el otorgamiento de prestaciones económicas por parte de las compañías de seguros. Un requisito que vienen imponiendo las mencionadas compañías es que el solicitante debe acreditar a través del certificado respectivo, haber gozado del subsidio de EsSalud por el plazo máximo establecido. Sobre lo cual es posible revisar los Expedientes N° 018-2002-ARB-SCTR y el N° 049-2004-ARB-SCTR (Ceconar: 2013). Siendo como es, que el certificado de haber gozado el máximo del subsidio por EsSalud, no es requisito obligatorio en aquellos casos en que no se haya utilizado efectivamente este beneficio.

j) Determinar la obligación de informar el siniestro a la aseguradora en un plazo razonable

Otro argumento que aducen las compañías de seguros para rechazar las solicitudes de otorgamiento de prestaciones económicas de las víctimas de los accidentes de trabajo o de las enfermedades profesionales es la falta de información. Esta situación se configuraría en los casos que el empleador no acredite haber informado a la compañía de seguros sobre la ocurrencia del siniestro en un plazo 48 horas u otro razonable. Vale decir, las víctimas pierden el derecho a la cobertura del SCTR por un acto atribuible a los empleadores. Sobre este particular revisar el Expediente N° 055-2004-ARB-SCTR (Ceconar: 2013).

k) Determinar la naturaleza de la invalidez si es común o de trabajo

Las compañías de seguros suelen cuestionar la naturaleza laboral de la invalidez del trabajador. Ello con la finalidad de determinar que si corresponde a una de índole laboral, se procede al pago y, por lo tanto, se procede de conformidad con el SCTR. Mientras que si es una de índole común se corre traslado al mecanismo previsto en el Sistema Privado de Pensiones. Situación que genera una pérdida de protección de los trabajadores o extrabajadores afectados con daños a la salud originados en el trabajo pero no logran acreditar el vínculo causal. Temas

identificados en los Expedientes N° 015-2003-ARB-SCTR y N° 034-2003-ARB-SCTR (Ceconar: 2013).

Los casos planteados son ejemplos de situaciones que además de la controversia jurídica, de las evaluaciones médicas que son objeto los trabajadores y extrabajadores, de los gastos adicionales de abogados y permanencia en Lima; pueden concluir sin brindar el amparo a estas víctimas. Inclusive se han reportado casos de víctimas que han fallecido durante el tiempo que duran los trámites. Esta situación afecta la credibilidad del SCTR y de las entidades obligadas a brindar las prestaciones a las víctimas de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales.

4. Sobre la incapacidad temporal para el trabajo

De acuerdo con las normas técnicas del SCTR se estableció que el subsidio por la incapacidad temporal para el trabajo derivada de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales se encuentra a cargo de EsSalud.

Es importante definir la naturaleza del subsidio. Se trata de una de las prestaciones económicas a cargo del SCTR. Al tratarse de una prestación económica debería estar a cargo de las entidades que se hacen cargo de las mismas, es decir, la ONP o las compañías de seguros. Sin embargo, las normas técnicas del SCTR asignaron el pago de un tipo de prestación económica a una entidad que brinda prestaciones médico-asistenciales como es EsSalud. Este aspecto teórico se traduce en los aspectos prácticos, que se presentan a continuación.

El ISAT (2011) elaboró en el Cuadro N° 52: Impacto de la Incapacidad Temporal para el Trabajo (ITT), el mismo que evidencia el incremento de los subsidios, es el Cuadro N° 1 que obra al final del presente artículo.

Un primer aspecto, es el incremento progresivo de los montos de los subsidios por ITT conforme se aprecia en el citado Cuadro y se aprecia un incremento del 14 % en promedio desde el 2007 al 2009, esta información se base en los registros de la Seguridad Social.

Cabe mencionar que del total de asegurados para el año 2009, se aprecia que 3,924,168 (48,2 %) representó a la población asegurada regular titular con derecho a subsidio por incapacidad temporal para el trabajo. Mientras que 564,493 trabajadores asegurados (14.4 %) accedieron a subsidios

por incapacidad temporal para el trabajo. Para el 2009, el total de días de incapacidad temporal otorgados fue de 11'069,055 días, implicando en promedio 19.6 días otorgados por asegurado con incapacidad temporal.

De acuerdo con la legislación, los primeros 20 días por incapacidad temporal son pagados por el empleador, esto representaba –para el año 2009– 76.2 % (8'438,516 millones de días de incapacidad temporal remunerado por el empleador) y otorgados con un costo de S/. 423'951,044 millones de nuevos soles. Después de los 20 días de incapacidad temporal, estos días son subsidiados por el Seguro Social de Salud, que representó 23.8 % (2'630,539 millones de días de incapacidad temporal subsidiados por EsSalud) a un costo de S/.132'175,998 millones.

En total el costo de la incapacidad temporal para el trabajo, durante el mismo año, fue de S/. 556'127,042 millones. Fondos que son entregados por EsSalud, mientras que las compañías de seguros y la ONP no asumen la responsabilidad sobre esta prestación económica.

IV. PROPUESTAS

1. Sistema de gestión integrado del SCTR

Desde el 2005, Durán como experto de la OIT (2005:4) señalaba a la dispersión de la gestión sistémica del SCTR como un tema a atender. Señalaba que se debería crear en el país un solo organismo de supervisión y regulación con funciones integradas del SCTR. Entidad que debería tener funciones operativas centralizadas.

Una de las funciones a ser priorizadas debería ser un registro de las entidades prestadoras a nivel nacional, tanto las privadas como las públicas. También se debería conocer el nivel de afiliación completo y consolidado a nivel nacional. Debería acceder y tener articulación con el sistema nacional de registro y notificación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) debido al desconocimiento que existe.

Otra de las funciones que esta Superintendencia debería tener es la gestión de un Fondo para la Prevención de los Riesgos Laborales a partir de asignar un porcentaje a cargo de las entidades privadas y públicas que brinden prestaciones. En Argentina, Colombia, España y otros países cuentan

con un Fondo con montos económicos significativos que permite intervenir en el fomento a la investigación, innovación tecnológica preventiva y otros; carencia severa que se presenta en el país.

2. Universalización progresiva del aseguramiento de los riesgos del trabajo

En la medida en que existe una propuesta aprobada por el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en calidad de Secretaría Técnica, debería elevar al Ministerio de Salud la propuesta consensuada. Esta propuesta consiste en incorporar actividades que a lo largo de estos más de 16 años de vigencia, han demostrado su alto riesgo. La iniciativa tiene como objetivo incrementar al 25 % de la PEA ocupada mayor de 15 años, la cobertura de SCTR.

3. Prestaciones efectivas

El SCTR se soportó al inicio en la solución de las controversias con un mecanismo arbitral obligatorio. Posteriormente, el Tribunal Constitucional coligió que el artículo 25 de las Normas Técnicas del SCTR establecen un mecanismo de arbitraje voluntario y se establece, para las víctimas de los accidentes de trabajo o de las enfermedades profesionales la opción de acudir vía acción de amparo o por vía ordinaria ante el Poder Judicial.

La existencia de una Instancia de gestión sistémica e integrada debería permitir efectuar un adecuado seguimiento de los protocolos de evaluación y calificación y la verificación del perfil de los médicos a cargo de las evaluaciones, diagnósticos y certificaciones. También debería promover la dación de normas de regulación sobre aspectos básicos. Uno es el caso del incumplimiento del empleador en avisar razonablemente la ocurrencia del siniestro. Este hecho no puede tener repercusiones en el trabajador y menos excluirlo de los derechos que le corresponden. Dos, sobre las controversias generadas relativas a la valoración del estado de salud del trabajador o extrabajador existen mecanismos que se deberían implementar a fin de garantizar las prestaciones a quienes tienen legítimo derecho. Entre los mecanismos que se deberían implementar está la valoración conjunta de las evaluaciones presentadas, tanto por parte de la víctima como por parte de la compañía de seguros. En un acto se podrían revisar con detalle la fundamentación y el sustento alcanzado de los diagnósticos y certificados médicos. Para lo cual, la Sunasa debería contar con profesionales calificados internacionalmente, con estándares de la Organización

Internacional del Perú (OIT) y de la Organización Mundial de la Salud (OMS). En otros países, existen Comisiones Médicas Evaluadoras que son instancias conformadas por profesionales de alto nivel técnico y ético que emiten un opinión técnica y dirimen en forma confiable los diagnósticos y certificados contradictorios que pudieran presentarse. En el país no existen este tipo de alternativas.

Algunos conceptos que se deberían tener en consideración. La legislación del SCTR tiene una definición de enfermedad profesional como un estado patológico permanente o temporal del trabajador, que resulta como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña o del medio en el que desarrolla este. Además, se tiene una Tabla de la Comisión Técnica Médica que definió un Listado de las enfermedades calificadas profesionales y su vinculación causal con la clase de trabajo. Listado normativo establecido de conformidad con el R.M. N° 480-2008/MINSA. Sin embargo, el sistema elegido por el legislador es el conocido como de Lista Mixta (OIT: 2011) que supone la existencia de un Listado genérico pero admite la inclusión de otras patologías y las incorpora como profesionales. En el país, es el caso de la *leishmaniasis mucocutánea*, que se incorporó al listado antes mencionado. Solo pueden reconocerse otras si se demuestra la relación causal con la clase de trabajo desempeñado, lo cual no supone ninguna contradicción con el listado establecido en la R.M. N° 480-2008/MINSA, actúa con un criterio de complementariedad.

4. Subsidio por incapacidad temporal a cargo de entidades que brindan prestaciones económicas

Un aspecto que se debería modificar en la legislación vigente sobre el SCTR es atribuir las prestaciones de los subsidios por incapacidad temporal para el trabajo (ITT) a las entidades que brindan prestaciones económicas. Desde un análisis de la naturaleza de las prestaciones, resulta que el subsidio temporal para el trabajo (ITT) tiene exclusivamente un contenido económico y de salud. En ese sentido, las entidades que de conformidad con el SCTR que brindan prestaciones económicas son las ONP o una compañía de seguros. Por lo tanto, se debería reordenar esta prestación económica a las entidades que les corresponde y retirar la obligación de EsSalud que es una entidad exclusivamente prestadora de salud; conforme se estableció.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Un valor intrínseco de los mecanismos de aseguramiento de riesgos del trabajo es que brinden una protección efectiva, oportuna y eficiente a las víctimas de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Si genera altos niveles de ineficiencia, la tendencia será judicializar todas las controversias, por la falta de confianza generada. Este proceso de judicialización de los daños a la salud producidos en el trabajo es conocido en Argentina y Uruguay entre otros países de América Latina. Es interés del artículo invitar a promover mejoras indispensables en un sistema de aseguramiento de los riesgos laborales en el país, como es el SCTR. A diferencia de años anteriores, en el 2014 existe el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo que en el Plan de Trabajo 2014-2017 se establece la importancia de universalizar progresivamente el SCTR, entre otras reformas. Se esperan acciones efectivas de esta instancia nacional.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Centro de Conciliación y Arbitraje. Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud. Ceconar-SEPS (2013). El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. Presentación en PPT. La redacción es responsabilidad de la autora, se consideraron y verificaron los casos anotados.

EsSalud (2014) Seguro Social de Salud del Perú. Recuperado de: <<http://www.essalud.gob.pe/nuestra-institucion/#tabs-5-0-0>>. Revisado el 5 de diciembre de 2014.

EsSalud (2004). Análisis de la problemática del SCTR en EsSalud. Documento de Trabajo. Lima. 6 pp.

Instituto Salud y Trabajo. (2011). *Diagnóstico situacional en Seguridad y Salud en el Trabajo*. Lima, Perú: Los Ángeles Press.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2014) Registro de Empresas que desarrollan Actividades de Alto Riesgo. Recuperado de: <<http://www.mintra.gob.pe/mostrarResultado.php?id=144&tip=9>>. Revisado el 2 de diciembre del 2014. En este portal solo figuran los registros de 2003 y 2004.

Naciones Unidas (2009). Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas (CIIU) Revisión 4. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Recuperado de: <http://unstats.un.org/unsd/publication/seriesM/seriesm_4rev4s.pdf>. Nueva York.

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2003). La importancia de la seguridad y la salud en el trabajo en el conjunto de las actividades de la OIT. *Actividades normativas de la OIT en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo: estudio detallado para la discusión con miras a la elaboración de un plan de acción sobre dichas actividades* (p.19). Recuperado de: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc91/pdf/rep-vi.pdf>>. Revisado el 3 de diciembre de 2014.

Oficina Internacional del Trabajo (OIT) (2005). Aseguramiento de los Riesgos del Trabajo. Recuperado el 10 de noviembre del 2014, de: <http://www.google.com/url?sa=t&rcrt=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.oit.org.pe%2Fspanish%2F260ameri%2Foitreg%2Factivid%2Fproyectos%2Factivid%2Fproyectos%2Fppt%2Faseg_riesgo_laboral.ppt&ei=0imJVNCSl4mkNsyDg8AB&usq=AFQjCNFYvkKTzhK4xOLL4YIdqGfILqB7gQ&sig2=UYpvjWVg9P3S0meBgG07Gw&cbvm=bv.81456516,d.eXY>. Revisado el 3 de diciembre de 2014.

Oficina Internacional del Trabajo (OIT) (2007). Proyecto sobre la dinámica económica de las normas internacionales del trabajo. *Documento GB.300/LILS/10*. Recuperado el 10 de noviembre del 2014, de: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_085012.pdf>. Revisado el 3 de diciembre de 2014.

Oficina Internacional del Trabajo (ILO) (2009). *Seguridad y salud en el trabajo para hombres y mujeres*. Recuperado de: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_106520.pdf />. Revisado el 3 de diciembre dl 2014.

Oficina Internacional del Trabajo (OIT) (2014). Prácticas responsables en el lugar de trabajo. *Programa de Empresas Sostenibles*. Recuperado de: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---ifp_seed/documents/publication/wcms_185358.pdf>. Revisado el 4 de diciembre de 2014.

OSPINA, Estela. *Aseguramiento de los Riesgos del Trabajo. Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. Avances y limitaciones*. Instituto Laboral Andino, Lima, 2010.

Oficina de Normalización Previsional (2014). ONP. Misión, Visión y Valores. Recuperado de: <<http://www.onp.gob.pe/>>. Revisado el 3 de diciembre de 2014.

Superintendencia Nacional de Salud (2014). SUNASA. Misión. Organización. Recuperado de: <<http://app3.susalud.gob.pe/index.aspx>>. Revisado el 3 de diciembre de 2014.

Cuadro N° 1: Impacto de la Incapacidad Temporal para el Trabajo - EsSalud años 2007 - 2009

Año	Población Asegurada	Población Asegurada Regular Titular con Derecho a Subsidio		Asegurado Regular Titular con Derecho a Subsidio a Incapacidad Temporal		Días de Incapacidad Temporal (DIT) Otorgados		Días Incapacidad Temporal Subsidiados por ESSALUD				Días Incapacidad Temporal Remunerado (Empleador)				Costo de la Incapacidad Temporal para el Trabajo (S/.)
		N	%	N	%	N	Promedio	N	%	Total Subsidiado (S/.)	Costo Promedio (S/.)	N	%	Total Remunerado (S/.)	Costo Promedio (S/.)	
2007	6,792,605	2,893,407	42.6	428,126	14.8	8,661,820	20.23	2,332,047	26.9	107,290,189	S/. 46.01	6,329,773	73.1	291,232,856	46.01	398,523,045
2008	7,633,223	3,584,631	47.0	487,290	13.6	9,799,696	20.11	2,127,264	21.7	101,102,250	S/. 47.53	7,672,432	78.3	364,593,969	47.52	465,696,219
2009	8,142,935	3,924,168	48.2	564,493	14.4	11,069,055	19.6	2,630,539	23.8	132,175,998	S/. 50.25	8,438,516	76.2	423,951,044	50.24	556,127,042

Fuente:

SG Auditoría de Certificaciones y Evaluación Médica - EsSalud
Cuenta Individual de Días de Incapacidad - CIDDI - EsSalud
Intranet EsSalud

Elaboración: ISAT (2011); Cuadro N° 52: Impacto de la Incapacidad Temporal para el Trabajo - EsSalud años 2007 - 2009.

REFLEXIONES CON RELACIÓN AL ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL RÉGIMEN DEL SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO

César Lengua Apolaya⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

La legislación en tanto obra humana es imperfecta, y lo es en todo el mundo. Ello no siempre es debido a displicentes operadores jurídicos o a intenciones perversas de los dadores de la norma. En muchos casos, la norma cuestionada o cuestionable es antecedente necesario de un proceso evolutivo que el Derecho debe seguir forzosa y necesariamente en sus distintas manifestaciones e instituciones, con la finalidad de perfeccionar estas y alcanzar de esta manera los objetivos específicos que cada rama jurídica pretende en el plano ideal. La Seguridad Social, como producto normativo, es una especialidad no ajena a las imperfecciones antes mencionadas. Los vacíos, contradicciones y despropósitos de las normas que integran su ámbito han motivado y siguen motivando opiniones distintas de especialistas e incluso pronunciamientos judiciales, con la finalidad de ubicar y definir en el escenario los principios de la Seguridad Social, sus instituciones y, específicamente, la aplicación práctica de sus instrumentos de protección.

Hay tópicos que para nosotros deben quedar claramente establecidos en cualquier estudio referido a la Seguridad Social. Estamos ante un derecho

(1) Abogado y Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado Senior de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

fundamental por su naturaleza y ubicación sistemática en el ordenamiento, tratado en el caso peruano bajo las formulaciones constitucionales del derecho a la protección de la salud, el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, y el libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones. Reconociendo dicho carácter constitucional, cabe afirmar con toda firmeza que estamos ante un derecho eminente y deliberadamente tuitivo, protector, interesado en la salvaguarda y el auxilio del individuo y su familia en coyunturas de necesidad típicas. Así, si la protección del individuo es la razón de ser de la Seguridad Social, toda institución que conforma su plexo normativo debe tener esa orientación. Si advertimos la presencia de alguna disposición o institución que no tenga ese sentir, o si se trata de una regulación irrazonablemente exagerada en requisitos que dificultan el acceso a la protección, con altos niveles de gravosidad para el individuo, o carente de elementos e instrumentos que hagan posible la concreción de la finalidad tuitiva desde el terreno de lo ideal al plano de lo real, parecería ser esa la ocasión propicia para contribuir al perfeccionamiento y encauzamiento de la normativa hacia el propósito prístino.

Tomando como punto de partida la definición y alcances del concepto “accidente de trabajo” en el marco del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (en adelante, SCTR), consideramos que dicha institución se encuentra aún imperfecta, siéndole atribuible cuando menos alguna de las características indeseables mencionadas líneas arriba, lo cual impide a nuestro entender el logro de una verdadera protección frente a los infortunios laborales.

En esa línea, la tesis que planteamos tiene por finalidad exponer nuestra particular reflexión sobre la definición del “accidente de trabajo” y cómo esta no parece ser, en algunos casos, coherente con el propósito de protección, siendo conveniente cuando menos evaluar la pertinencia de adoptar una herramienta útil, típicamente usada en las disciplinas jurídicas de corte tuitivo: la presunción a favor de la naturaleza laboral del accidente.

Asimismo, es nuestra intención plantear algunos desafíos que se presentan en la concepción del accidente de trabajo, siendo necesario o cuando menos recomendable que la legislación aborde ciertos supuestos específicos y no infrecuentes, con la finalidad de que se reconozca con objetividad la necesidad de cobertura en tales casos.

La Seguridad Social no busca solucionar todas las consecuencias lamentables generadas por los accidentes de trabajo, pero creemos que un estándar mínimo de protección, eficaz y razonable, que parta de un adecuado

enfoque del accidente de trabajo, contribuiría a seguir situando a la Seguridad Social como legítimo basamento de un Estado Social de Derecho.

II. EL ACCIDENTE DE TRABAJO

1. Cuestiones previas

Una de las cuestiones que más preocupa a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el alto índice de siniestralidad en el mundo a causa del trabajo, lo cual supone necesariamente una gran pérdida económica para los Estados, sin perjuicio de los gravísimos y lamentables costos humanos que tales hechos suponen. La realidad parecería superar cualquier ficción: la OIT ha estimado que la pérdida en el Producto Interior Bruto en el mundo derivada de muertes, lesiones y enfermedades ocasionadas por el trabajo es unas veinte veces mayor que toda la ayuda oficial destinada al desarrollo⁽²⁾ (lo que justifica también, desde un plano económico sensato e integrador, la necesidad de promover a nivel global una cultura de prevención de los riesgos laborales a fin de contener la materialidad de estas pérdidas).

Hoy en día, la legislación cuenta esencialmente con dos mecanismos para abordar los infortunios laborales: uno cuyo énfasis es relativamente novedoso, a saber, la prevención; y uno quizás más clásico y típico, como lo es el aseguramiento social.

La prevención constituye esencialmente una imposición de obligaciones sobre el empleador, unas generales y otras específicas, destinadas a evitar cualquier afectación que pudiese sufrir el trabajador con motivo o en circunstancias vinculadas al cumplimiento de sus obligaciones laborales, con la evidente finalidad de resguardar su salud y su integridad. La normación básica y con carácter general en nuestro país en materia de prevención viene dada por la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley N° 29783) y su Reglamento (Decreto Supremo N° 005-2012-TR), sin perjuicio de las distintas normas de seguridad y salud sectoriales aplicables a ciertas actividades

(2) En el año 2005 el OIT había estimado que cada día en el mundo fallecían un promedio de 5,000 personas a causa de accidentes o enfermedades en el trabajo. Ello equivalía a un total de entre 2 y 2,3 millones de muertes relacionadas con el trabajo. De esta cifra, unos 350,000 casos constituían accidentes mortales y entre 1,7 y 2 millones eran enfermedades mortales. Hoy en día, la OIT afirma que cada 15 segundos, un trabajador muere a causa de accidentes o enfermedades relacionadas con el trabajo, y que cada 15 segundos, 160 trabajadores tienen un accidente laboral.

económicas de especial complejidad y peligrosidad (minería, construcción, industria, entre otras).

El segundo enfoque –esto es, el aseguramiento social del infortunio laboral– es uno más típico y de data un poco más antigua, siendo su principal propósito encarar desde el punto de vista económico y *ex post* las consecuencias del daño producido, a fin de auxiliar al trabajador con prestaciones asistenciales (atención médica, rehabilitación, prótesis, etc.) y prestaciones netamente económicas sustitutorias del salario. En este plano se enmarca el SCTR, como un sistema destinado a otorgar cobertura a los trabajadores en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional en las actividades catalogadas legalmente como de alto riesgo.

2. Hacia la construcción del concepto

La noción del accidente de trabajo, en su etapa inicial, parte de la concepción construida en torno a los riesgos profesionales que tuvo origen en Francia a mediados del siglo XIX. En dicho entonces, la progresiva mecanización de la producción industrial fue importante fuente de daño corporal para los trabajadores operarios vinculados al manejo de estos novísimos artilugios que revolucionaron la producción en masa, pieza fundamental del capitalismo y de la empresa de tipo fordista. Es en este escenario que se entendió al accidente de trabajo como algo inevitable y propio de la revolución económica de la época, siendo responsable el empleador de las consecuencias dañosas del evento pero solo cuando se demostrase su culpa, surgiendo así la teoría del riesgo profesional. Con base en este enfoque, se solía admitir que esta teoría reposaba en forma sensible “en el hecho de que la producción industrial y el maquinismo exponen al trabajador a accidentes inevitables, ante los cuales incluso la previsión humana se muestra impotente de evitar su ocurrencia, por lo que dicho riesgo es inherente a la forma moderna de producción”⁽³⁾.

Esta teoría fue reorientada con el devenir del tiempo por la teoría del riesgo social, que postulaba la necesidad de que sea la sociedad quien cargue con las consecuencias económicas de los accidentes laborales, puesto que el trabajo del individuo repercute favorablemente sobre la economía de la sociedad en su conjunto. En la línea histórica, esta teoría permitió brindar la justificación necesaria para que sea la Seguridad Social quien representase

(3) RUÍZ MORENO, Ángel Guillermo. *Nuevo derecho de la Seguridad Social*. Ed. Porrúa, México, 2003, pp. 484-485.

la responsabilidad de la sociedad en la asunción de las cargas derivadas del infortunio laboral, a la vez que permitió el aseguramiento de un mínimo de protección al trabajador afectado ante la eventualidad de la insolvencia patronal, todo a partir de una cotización especial y adicional por parte del colectivo de empleadores titulares de las actividades generadoras del riesgo.

Hoy en día, y de cara a los riesgos del trabajo, ninguno de estos enfoques podría resultar suficiente ni satisfactorio, pues no podría admitirse con parsimonia que los accidentes de trabajo sean inevitables. Ello no quiere decir que se niegue la contingencia de estos eventos (lo que resultaría ilusorio), pero sí es representativo de que en la actualidad el énfasis normativo reposa en un deber activo de evitación colocado en cabeza del empleador. La OIT se ha encargado de propulsar en materia de seguridad y salud ocupacional la concepción generalizada que no solo los accidentes de trabajo son evitables, sino que existe una obligación general de prevenir su ocurrencia, por lo que el Estado, los empleadores y los trabajadores están compelidos a evitarlos. Por lo tanto, lo que antaño era entendido como inevitable hoy se trastoca en obligaciones de prevención:

La OIT cree firmemente que los accidentes y las enfermedades profesionales pueden y deben ser prevenidos (...) Parte de la respuesta consiste en promulgar una legislación nacional adecuada (...) y fomentar su observancia; los organismos de inspección del trabajo desempeñan aquí un papel clave. (...) Sin embargo, el verdadero éxito en la reducción de accidentes y enfermedades laborales solo puede alcanzarse si todas las partes involucradas en la prevención asumen un compromiso concreto, un concepto que constituye el eje de lo que se ha dado en llamar una cultura de prevención en materia de seguridad y salud⁽⁴⁾.

De otro lado, concebir que la Seguridad Social se fundamente esencialmente en la obligación del colectivo de asumir el costo frente al trabajador víctima de un accidente de trabajo como una forma de retribuir el beneficio general recibido por la labor de este, no nos parece del todo exacto, o cuando menos, no sería la única justificación de este deber. Este fundamento justifica el auxilio de la Seguridad Social en argumentos económicos, pero parece haber base más sólida en la consideración del ser humano como tal, lo que permite concebir a este no solo como una pieza en el entramado

(4) OIT. *La prevención: una estrategia global. Promover la seguridad y salud en el trabajo*. Informe de la OIT para el Día Mundial sobre la Seguridad y Salud en el Trabajo. OIT, Ginebra, 2005, p. 1.

económico, sino como un auténtico titular de derechos fundamentales yacentes a su mera condición humana.

Visto así, se debe partir por analizar las consecuencias más significativas y palpables del accidente, esto es, los gastos y curaciones destinadas a la sanación del daño sufrido y la interrupción temporal o permanente para el trabajo que afrontará la víctima, lo que acarreará la discontinuidad de su ingreso, pudiendo todo ello producir un perverso efecto en cadena, partiendo de él hacia su grupo familiar, y de manera derivada, a la empresa y la colectividad misma⁽⁵⁾, quienes ya no se beneficiarán del trabajo. La idea, creemos, es revalorar la posición del individuo no como un agente puramente económico al cual deba asistirse solo porque su trabajo contribuyó a la economía. Así lo entienden en el caso peruano las normas del SCTR, pues para la cobertura por accidente de trabajo o enfermedad ocupacional solo es necesaria la contratación del seguro respectivo, sin necesidad de ningún período de cotización o de relación laboral previos. Definitivamente, la concepción de la dignidad inmanente del individuo goza a nuestro entender de mucho mayor completitud de cara a una justificación plena de la Seguridad Social y de su papel respecto a los riesgos profesionales.

Ahora bien, pese a todo lo anterior, lo cierto es que los accidentes de trabajo, aunque no deseados y activamente evitados, ocurren en los hechos y es ahí cuando cobra relevancia la opción legislativa que se adopte en torno a esta institución.

Referirnos al concepto de accidente de trabajo es paradójicamente algo sencillo y complicado a la vez. Es sencillo porque pese a que la doctrina ha enfocado el concepto en cuestión con diversas formulaciones, parecería haber cierto consenso en cuanto a los puntos de intersección de las diferentes posturas, reconociendo así que existe cierto mínimo de circunstancias y condiciones ideales que deben darse para poder formarnos la idea de lo que es un accidente de trabajo. En efecto, si algo hay que rescatar de las diferentes posturas es la presencia de elementos constitutivos mayormente infaltables⁽⁶⁾:

(5) HUMERES MAGNAN Héctor y HUMERES NOGUER, Héctor. *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. 15ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, p. 580.

(6) Cfr. ALTAMIRA Raúl y HÜNICKEN, Javier. "Reparación de infortunios laborales". En: VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (Director). *Tratado de Derecho del Trabajo*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983, pp. 250-251.

- i) La necesidad de un siniestro ocurrido sobre la persona del trabajador (lesión).
- ii) El sufrimiento de dicha circunstancia en ejercicio del trabajo o con motivo u ocasión del trabajo.

Algunos agregan como requisito que el evento tenga por efecto dejar incapacitada a la víctima, sea de manera temporal o permanente. En puridad, esto último no lo creemos un elemento de configuración esencial de la noción abstracta del accidente de trabajo, pues la etiología laboral del suceso no depende de si es necesario o no un periodo de reposo, de recuperación o la incapacitación del trabajador. No obstante, no podemos dejar de reconocer que en la mayoría de casos los accidentes de trabajo sí tienen por secuela algún nivel de incapacidad para laborar, sea temporal o permanente, y requieren usualmente de atención médica especial, siendo tales casos los más relevantes para efectos prestacionales de la seguridad social.

Finalmente, y como un factor determinante para la diferenciación del accidente de trabajo del otro riesgo profesional típico constituido por la enfermedad profesional, la doctrina ha afirmado que la afectación sobre el trabajador debe producirse por una causa exterior anormal y, en general, repentina y violenta⁽⁷⁾.

Estas pautas previas nos acercan al concepto que estudiamos. Sin embargo, la aplicación de los beneficios derivados del régimen de Seguridad Social no reposa en las pautas que nos da la doctrina, sino en la opción legislativa concreta que adopta un Estado determinado en torno al accidente de trabajo. Dicho de otro modo, el concepto aterriza en una regulación específica, la cual puede ser amplia o restringida, carente de tuición o razonablemente protectora en función de los propósitos generales del sistema, concordando en mayor o menor medida con las nociones doctrinales que se exponen sobre la materia. Justo aquí, pues, se presenta la faceta complicada del asunto, pues el concepto de accidente de trabajo se reconduce finalmente a lo que la legislación establezca sobre el particular para efectos de la calificación del evento como tal, pudiéndose presentar más de una situación dudosa a partir de un enunciado normativo genérico. Ruiz Moreno ha afirmado sobre el particular lo siguiente:

(7) HUMERES, Héctor. Ob. cit., p. 582.

“El principal problema surge en determinar, para efectos de su calificación por parte del ente asegurador, cuándo estamos frente a un riesgo de trabajo y cuándo no lo es; porque parece fácil y hasta simple establecer la profesionalidad de un accidente, pero en la práctica se afrontan muchos problemas para tratar de redimensionar un acontecimiento, influyendo esto toda una suerte de factores”⁽⁸⁾.

En el plano jurídico, las distintas legislaciones de cobertura de riesgos profesionales –la peruana no es la excepción– parten de nociones generales comúnmente aceptadas por la doctrina, pero realizan exclusiones e inclusiones deliberadas que no necesariamente se desprenden de manera inmediata de las premisas generales postuladas, por lo que reiteramos, el estudio de tema no podría de ninguna manera preterir el análisis particular de la normativa específica. A ello nos dedicaremos seguidamente.

III. EL ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO (SCTR)

Con la dación de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, se reestructuró el sistema asistencial y prestacional de la Seguridad Social Peruana, como antesala a la reestructuración misma del ente rector, el entonces Instituto Peruano de la Seguridad Social, hoy Essalud, introducido en virtud de la Ley N° 27056.

Bajo la Ley de Modernización de la Seguridad en Salud se creó el SCTR, que sustituyó al añoso régimen del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (Satep) instaurado a partir del Decreto Ley N° 18846⁽⁹⁾. El SCTR sería de aplicación únicamente a los empleadores que

(8) RUÍZ MORENO, Ángel. Ob. cit. p. 486.

(9) Este sistema de aseguramiento era de ámbito restringido, pues el Satep fue diseñado para proteger esencialmente al personal obrero, dando por entendido que esta categoría profesional era la que se encontraba mayormente expuesta a agentes causantes de enfermedades ocupacionales y accidentes de trabajo. Esta perspectiva fue modificada con el SCTR, pues este no distingue entre categorías profesionales. Pese a dicha limitación del Satep, este sistema de aseguramiento de riesgos profesionales es de trascendental importancia histórica, pues con él se abandonó el sistema de aseguramiento voluntario por cuenta del empleador establecido en la Ley N° 1378 (el cual sorprendentemente subsistió en solitario por más de cincuenta años), pasando los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales a integrarse en el campo de las contingencias cubiertas por el sistema de Seguridad Social en el Perú (propriamente, la Caja Nacional del Seguro Social Obrero, posteriormente el Instituto Peruano de Seguridad Social-IPSS). Las prestaciones

realizasen actividades de alto riesgo, siendo el caso que la propia ley se encargó de tipificar las actividades que cumplían dicha condición⁽¹⁰⁾. La incorporación del empleador que realiza las actividades de riesgo listadas dentro del régimen supone la obligación de contratar bajo su costo exclusivo –no trasladable al trabajador– de un seguro especial, de cobertura adicional al régimen común de Seguridad Social, para la atención de las enfermedades profesionales y accidentes de trabajo a través de prestaciones de salud (susceptible de ser contratada con EsSalud o una Entidad Prestadora de Salud-EPS) y prestaciones económicas (pudiendo estas ser contratadas con la Oficina de Normalización Provisional o una aseguradora privada).

Visto esto panorámicamente, el tratamiento asegurador especializado de los accidentes de trabajo funciona solo para los trabajadores que laboran en actividades consideradas como de alto riesgo. Se excluye de cobertura a los accidentes de trabajo sufridos por el personal de actividades no riesgosas, aunque tales infortunios sean consecuencia directa e inmediata de la labor para la cual fueron contratados por su empleador. Estos eventos serán considerados y tendrán relevancia como accidentes de trabajo de cara a las normas de prevención de riesgos laborales, pero en lo que respecta a ayudas asistenciales y económicas de parte de la Seguridad Social, solo facultan a acceder a las prestaciones “comunes” –esto es, (i) asistencia médica en EsSalud o una EPS, según sea el caso, (ii) subsidios por incapacidad temporal hasta el límite de ley, y (iii) eventualmente pensiones de invalidez en función del sistema previsional al cual se encuentra afiliado el trabajador–⁽¹¹⁾.

Las normas que desarrollan el régimen de la cobertura de los accidentes de trabajo dentro del SCTR, además de la mencionada Ley N° 26790, están contenidas en el Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-SA, y en las Normas Técnicas del SCTR aprobadas por Decreto Supremo N° 003-98-SA.

otorgadas eran tanto asistenciales (atención médica y quirúrgica, asistencia hospitalaria y farmacia, aparatos de prótesis y ortopédicos, reeducación y rehabilitación) como económicas (subsidios por incapacidad temporal y pensiones).

- (10) El listado de actividades comprendidas dentro del SCTR fue establecido en el Apéndice 5 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, modificado integralmente por la Cuarta Disposición Final del Decreto Supremo N° 003-98-SA, Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, y la Cuarta Disposición Final de la Ley N° 27866, que comprendió a la actividad portuaria en el Grupo 6301 como manipuleo de carga.
- (11) De conformidad con el artículo 4 de las Normas Técnicas del SCTR, todo accidente que no sea calificado como accidente de trabajo con arreglo a las normas del SCTR, así como toda enfermedad que no merezca la calificación de enfermedad profesional, serán tratados como accidente o enfermedad comunes sujetos al régimen general del Seguro Social en Salud y al sistema pensionario al que se encuentre afiliado el trabajador.

Dentro de estas normas, la definición más precisa sobre el accidente de trabajo materia de cobertura es la contenida en la última de las mencionadas disposiciones⁽¹²⁾. En esta línea, el artículo 2 de las Normas Técnicas opta por articular el concepto en cuestión en tres etapas: (i) una noción general, (ii) la especificación de supuestos incluidos en el concepto, y (iii) el deslinde de casos expresamente excluidos.

1. La noción general del accidente de trabajo en el SCTR

En cuanto a la noción general que sirve como punto de partida, se establece que es accidente de trabajo “toda lesión orgánica o perturbación funcional causada en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo, por acción imprevista, fortuita u ocasional de una fuerza externa, repentina y violenta que obra súbitamente sobre la persona del trabajador o debida al esfuerzo del mismo”. La legislación opta por identificar o equiparar el término “accidente” (que en principio, debería ser un suceso, hecho o acontecimiento) con el producto del mismo (la lesión o perturbación funcional que sufre el trabajador)⁽¹³⁾.

En este extremo conviene destacar a nuestro criterio los siguientes elementos trascendentales de la configuración legal:

i) Un elemento subjetivo: el trabajador

El sistema del SCTR está diseñado esencialmente para los trabajadores por cuenta ajena. Este es su ámbito obligatorio. Recogiendo lo señalado por Alonso Olea y Tortuero Plaza, cuando se trata de accidente de trabajo, “el riesgo se ha configurado jurídicamente como responsabilidad del empresario por el accidente del traba-

(12) El artículo 2 literal k) del Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud recogió una definición amplia y genérica del accidente de trabajo (“toda lesión corporal producida en el centro de trabajo o con ocasión de las labores para las cuales ha sido contratado el trabajador causadas por acción imprevista fortuita u ocasional de una fuerza externa, repentina y violenta que obra súbitamente sobre la persona, independientemente de su voluntad y que pueda ser determinada por los médicos de una manera cierta”). Este concepto más adelante debía ser puntualizado y desarrollado por las Normas Técnicas del SCTR, en el entendido que era necesario aquilatar los eventos que debían ser cubiertos y aquellos que debían entenderse excluidos, lo cual es propio y connatural a todo sistema o contrato de seguro. En materia de SCTR, en todo caso, debe esta disposición concordarse con las específicas puntualizaciones recogidas en las Normas Técnicas.

(13) Aunque la definición etimológica de “accidente” debería apuntar a la descripción de un determinado suceso o hecho, la Real Academia de la Lengua Española admite la terminología compuesta de “accidente de trabajo” para hacer alusión directa a la lesión corporal o enfermedad que sufre el trabajador con ocasión o a consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena; es decir, para identificar su resultado.

jador a su servicio, exigiendo una relación que tenga por sujetos a trabajador y empresario, esto es, un contrato de trabajo⁽¹⁴⁾.

La delimitación del ámbito subjetivo obligatorio circunscrito a los trabajadores dependientes conlleva evidentemente a exclusiones implícitas –¿desprotecciones?–, dentro de las que destacan los trabajadores autónomos y las personas sujetas a modalidades formativas⁽¹⁵⁾, quienes no se encuentran amparados pese a que, en muchos casos, estarán expuestos a los mismos factores de riesgo ocupacional que determina la cobertura del trabajador dependiente. En la práctica muchos empleadores de actividades riesgosas realizan la extensión del SCTR a casos como estos, pero ello como parte de estándares de seguridad propios y voluntarios, lo que no soluciona el parcialismo legal focalizado en el trabajador dependiente.

ii) Un elemento objetivo: la lesión orgánica o perturbación funcional

El accidente de trabajo supone un daño sufrido por el cuerpo del trabajador, pudiendo originarse típicamente por traumatismos, heridas, cortes, quemaduras, aplastamientos, etc. Estos eventos tienen la particularidad de ser desencadenados por fuentes o fuerzas que no pueden ser controladas por el trabajador, de ahí que la ley preceptúe como condición el que exista una acción imprevista, fortuita u ocasional externa, repentina y violenta capaz de provocar lesiones orgánicas o perturbaciones funcionales. Los daños psicológicos provocados por un evento traumático como un accidente de trabajo, por ejemplo, no estarían contemplados como parte de las consecuencias cubiertas dentro del SCTR⁽¹⁶⁾.

Distinto derrotero han adoptado otras legislaciones más abarcadoras y omnicomprensivas de los riesgos del trabajo, como por ejemplo la española, que como pauta general establece que el accidente

(14) ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis. *Instituciones de Seguridad Social*. 14ª ed., Civitas, Madrid, 1995. p. 53.

(15) El artículo 38 de las Normas Técnicas del SCTR establece la contratación facultativa (entiéndase, bajo su propio costo) a los afiliados potestativos del Seguro Social de Salud, microempresarios, titulares de empresas individuales de responsabilidad limitada y demás trabajadores que no ostentan la calidad de afiliados obligatorios del Seguro Social de Salud.

(16) Tampoco sería una enfermedad profesional cubierta, puesto que el artículo 3 de las Normas Técnicas del SCTR señalan que “se 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”; definición que alude al resultado de un estado de exposición a riesgos profesionales propios del puesto.

de trabajo es “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo”, sin contemplar los condicionantes referidos a fuerzas súbitas y externas⁽¹⁷⁾, lo que ciertamente permite albergar supuestos de accidentes de trabajo que consistan en dolencias adquiridas por el trabajador de índole psicológico⁽¹⁸⁾. Tal ha sido la posición adoptada por la jurisprudencia, pues en casos como el ventilado por la Corte Suprema Española en la STS 115/2005, se ha concluido que puede constituir accidente de trabajo las alteraciones psicológicas que se manifiestan como trastornos de carácter que afectan la actuación laboral del trabajador, trastornos por estrés con alteraciones emocionales y de la conducta, y crisis de angustia, pánico y ansiedad⁽¹⁹⁾; alcances que ciertamente nuestra legislación no permitiría, por reconducirse a los típicos casos donde obre una violencia súbita externa (golpe, caída, quemadura, etc.), lo cual podría ameritar una detenida revisión.

Otro defecto del cual adolece la legislación es el exigir que la acción externa desencadenadora del accidente sea necesariamente repentina y violenta, pues pueden existir muchos casos de accidente con evidente connotación laboral en los que no se van a encontrar presentes uno u otro elemento, sin que ello signifique descartar el carácter laboral de la incidencia sufrida⁽²⁰⁾. Tal es el caso, por ejemplo, de una intoxicación por gases, donde la fuerza externa (el gas) puede actuar de manera repentina, pero por su naturaleza carece del elemento de violencia que exigiría la ley. Dudamos que el ente asegurador niegue la cobertura en casos como este, pues con necesarias dosis de sensatez y razonabilidad, creemos que un accidente bajo estas circunstancias califica por su propia naturaleza como un infortunio cubierto por el SCTR.

(17) Artículo 115 del Real Decreto Legislativo 1/1994 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Cabe señalar que el sistema de Seguridad Social Español adopta para el caso de las enfermedades ocupacionales el sistema de lista cerrada, estableciendo en su artículo 115.2 que las enfermedades que no calcen en dicha lista serán considerados accidentes de trabajo, siempre que tengan por causa exclusiva la ejecución del mismo.

(18) ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis. Ob. cit., p. 55.

(19) Asimismo, el *burn out* o estrés excesivo (manifestado como un grave agotamiento emocional, cansancio físico y psicológico de carácter patológico) ha sido también objeto de amparo como accidente de trabajo en la experiencia española. Cfr. STSJ Cataluña 709/2005.

(20) Semejante disquisición se plantea Ackerman respecto a la legislación argentina, que a semejanza del caso peruano, exige la presencia del carácter súbito y violento del evento. ACKERMAN, Mario. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Vol. 6, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe (Argentina), 2007, p. 133.

En todo caso, consideramos que lo repentino y violento son características usuales del accidente de trabajo en la mayoría de casos, pero no necesariamente deberían ir unidas por un nexo copulativo conforme lo plantea el texto legal⁽²¹⁾.

iii) El factor conectivo: en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo

El elemento conectivo es sin lugar a dudas el más conflictivo de todos, pues es el que, ante la diversa casuística, permite atribuir la afección del trabajador a la realización o ejecución de las prestaciones comprometidas en el contrato de trabajo.

Los dos criterios que plantea la norma peruana como factores de conexión son distintos. Así, mientras “en el centro de trabajo” alude a la ubicación donde se produce el infortunio, la expresión “con ocasión del trabajo” refiere propiamente a una necesaria relación causal, entiéndase por interpretación lógica, en aquellos casos donde el hecho se produce fuera del centro de trabajo, pero a causa de la prestación laboral.

¿Significa lo anterior que cuando la lesión se produce en el centro de trabajo, este simple hecho bastaría según la norma para que inmediatamente el trabajador esté cobijado por el concepto bajo estudio? Creemos que no, pues la norma no establece ninguna presunción –ni expresa ni tácita– a favor del accidentado. Así, el presunto accidente, para ser de trabajo, requiere no solo producirse en el centro laboral, sino además cumplir con la condición de ser una fuerza externa, repentina y violenta, que obra súbitamente sobre el trabajador o debido al esfuerzo del mismo, bajo el entendido que el contexto se da precisamente por la ejecución de prestaciones laborales. Pongamos como ejemplo el caso de un trabajador que sufre un paro cardíaco mientras realiza una labor en altura y que, por la pérdida de conocimiento, se precipita al suelo produciéndose una grave contusión craneal. En este supuesto, si bien la caída se produjo en el centro de trabajo, ello no significa inmediatamente que

(21) Compartimos en este sentido más bien posturas como la expuesta por De Diego, quien considera que el accidente de trabajo es un hecho súbito, generalmente –no imprescindiblemente– violento y traumático, que se produce dentro del ámbito laboral o por el hecho o en ocasión del trabajo, y que lesiona física o psicológicamente al sujeto, y le produce una incapacidad. DE DIEGO, Julián Arturo. *Manual de Derecho del Trabajo y de la seguridad social*. 5ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 855.

estemos ante un accidente de trabajo, pues si se llega a demostrar que la causa del mismo fue una dolencia del propio trabajador –no imputable al trabajo–, mal podría aseverarse la naturaleza laboral de la lesión.

El segundo elemento conectivo (“con ocasión del trabajo”) ofrece también complejidades diversas dependiendo de los supuestos que se analicen. Casos discutibles serían por ejemplo los accidentes sufridos por el trabajador en comisión de servicios fuera de la localidad, el atropellamiento del trabajador por un vehículo particular en la vía pública cuando aquel debe cumplir su prestación laboral en las calles, entre otros. En estos casos complejos lo importante en todo caso es poder llegar a demostrar la especial vinculación entre el infortunio sufrido y el cumplimiento específico de las funciones laborales encomendadas; esto es la determinación de una relación de causalidad, lo que significa en términos de Alonso Olea y Tortuero Plaza, llegar a demostrar “una conexión especial entre ambos elementos para que resulte integrado el concepto de accidente; esta conexión es la que expresa la frase con ocasión o por consecuencia”⁽²²⁾.

La ley peruana no ha establecido pautas para el análisis de la relación de causalidad, pese a contemplar implícitamente la necesidad de realizar dicho examen al momento de evaluar el accidente de trabajo. Considerando ello, creemos importante tener presente las pautas que seguidamente mencionamos para la evaluación correspondiente en cada caso concreto⁽²³⁾:

- (a) Necesidad de una fuente generadora (equipo, maquinaria, instalación, sustancia, etc.) capaz de producir daño por sí misma, susceptible de ser tenida como primer eslabón del encadenamiento de hechos.
- (b) La fuente generadora debe liberar una acción o efecto –físico, químico, biológico, etc.– que incide sobre el trabajador.
- (c) El resultado en la persona del trabajador es la ocurrencia de un daño en su salud o integridad.

(22) ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis. Ob. cit., p. 64.

(23) De la doctrina consultada, consideramos que la expuesta por De Diego es la más específica sobre el particular. Cfr. DE DIEGO, Julián. Ob. cit., pp. 859-860.

- (d) La fuente generadora y el encadenamiento que desemboca en el daño deben ser idóneos para generar este.
- (e) El daño debe ser compatible con la fuente y el encadenamiento causal.

2. Supuestos incluidos y excluidos de la noción de accidente de trabajo

Los numerales 2.2 y 2.3 del artículo 2 de las Normas Técnicas de SCTR establecen particularidades en torno a la noción general del accidente de trabajo, pues recogen unos supuestos que, para efectos legales, se entenderán incluidos dentro del concepto, y otros tantos que no lo estarán.

Esta forma de legislar puede tener en nuestro concepto finalidades diversas: en algunos la motivación del legislador será simplemente el esclarecimiento, es decir, elucidar cualquier duda interpretativa que pudiese presentarse en la práctica ante situaciones de interpretación especialmente problemáticas. En estos casos, la legislación antela el dilema y postula una solución. Sin embargo, en otros casos, la voluntad del legislador se orienta en realidad por la realización de una deliberada exclusión, esto es, cuando pese a contar el supuesto de hecho con los elementos necesarios para ser entendido como un accidente de trabajo, la opción legislativa es rechazarlo, excluyéndolo del ámbito de protección (alternativa sin lugar a dudas cuestionable, pues promueve la desprotección de sucesos que, en principio, deberían estar contemplados por la norma de manera positiva).

Desde esta óptica, son a nuestro entender supuestos de mera especificación los siguientes:

- a) Especificación positiva (son considerados accidentes de trabajo):
 - (i) El accidente que sufra el trabajador durante la ejecución de órdenes del empleador o bajo su autoridad, aun cuando se produzca fuera del centro de trabajo y de las horas de trabajo.
 - (ii) El accidente que se produce antes, durante o después de la jornada laboral o en las interrupciones del trabajo, si el trabajador se hallara por razón de sus obligaciones laborales en cualquier centro de trabajo del empleador, aunque no se trate de un centro de trabajo de riesgo ni se encuentre realizando las actividades propias del riesgo contratado.
 - (iii) El accidente que sobrevenga por acción del empleador o sus representantes o de tercera persona, durante la ejecución del trabajo.

- b) Especificación negativa (no son accidentes de trabajo):
- (i) El provocado intencionalmente por el propio trabajador o por su participación en riñas o peleas u otra acción ilegal.
 - (ii) El que se produzca con ocasión de actividades recreativas, deportivas o culturales, aunque se produzcan dentro de la jornada laboral o en el centro de trabajo.
 - (iii) El que sobrevenga durante los permisos, licencias, vacaciones o cualquier otra forma de suspensión del contrato de trabajo.
 - (iv) Los que se produzcan como consecuencia del uso de sustancias alcohólicas o estupefacientes por parte del trabajador.
 - (v) Los que se produzcan en caso de guerra civil o internacional, declarada o no, dentro o fuera del Perú; motín, conmoción contra el orden público o terrorismo.
 - (vi) Los que se produzcan por efecto de terremoto, maremoto, erupción volcánica o cualquier otra convulsión de la naturaleza.
 - (vii) Los que se produzcan como consecuencia de fusión o fisión nuclear por efecto de la combustión de cualquier combustible nuclear, salvo cobertura especial expresa.

Finalmente, son supuestos de deliberada exclusión los siguientes:

- (i) El accidente que se produce en el trayecto de ida y retorno al centro de trabajo, aunque el transporte sea realizado por cuenta del empleador en vehículos propios contratados para el efecto.
- (ii) El que se produzca como consecuencia del incumplimiento del trabajador de una orden escrita específica impartida por el empleador.

Por la naturaleza misma del accidente de trabajo (esto es, un hecho leve atribuible a las labores por las cuales es contratado el trabajador), debería poderse concluir que la división entre los supuestos de accidente cubiertos y lo no cubiertos deberían rondar en torno a la presencia o no de causas atribuibles al trabajo. Sin embargo, ello no es exactamente así según la legislación, o cuando menos, no es así en algunos casos.

En efecto, es natural y legítimo que los supuestos de especificación negativa estén fuera del ámbito del riesgo cubierto, pues no se advierte en ellos

la razonabilidad de atribuir el suceso dañoso al trabajo realizado por el servidor; es decir, no existe en ellos una causalidad idónea. Los supuestos de especificación negativa tienen una etiología marcadamente diferente a la causa laboral, porque consisten en hechos promovidos por causas diversas e inimputables al trabajo contratado (daños autoinfligidos, los producidos por peleas, por desastres naturales, por participación en actividades deportivas, etc.). Sin embargo, despierta nuestra inquietud los accidentes que pueden ocurrir en las circunstancias identificadas como de deliberada exclusión, pues creemos que cuando menos en algunos supuestos (como sucede en los casos del accidente de trabajo *in itinere* cuando el transporte es brindado bajo la responsabilidad del empleador), sí existen elementos de juicio suficientes para poder imputarle al trabajo las causas del infortunio, lo que conllevaría a cuestionar la opción legislativa adoptada en estos casos. Sobre este tema volveremos luego.

IV. ALGUNOS CUESTIONAMIENTOS MOTIVADOS POR LA REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL SCTR

La regulación del accidente de trabajo en el SCTR despierta nuestra inquietud en diferentes aspectos, algunos de los cuales hemos considerado pertinente traer a colación para el presente ensayo. Somos conscientes de que los asuntos que se tratarán a continuación no necesariamente generarán opiniones concurrentes con nuestra posición, lo cual demuestra la naturaleza altamente polémica del asunto. Sin embargo, cuando menos creemos conveniente que la discusión no pase inadvertida.

1. Carencia de una presunción legal relativa a favor del trabajador en la calificación del accidente de trabajo

Creemos conveniente que la regulación del SCTR contemple algún tipo de presunción relativa a favor del trabajador para la calificación del accidente como de trabajo. Las normas vigentes no contemplan esta posibilidad, por el contrario, los elementos que configuran el accidente de trabajo deben ser acreditados ante el ente asegurador que tiene a su cargo la cobertura del SCTR para el goce de las prestaciones económicas, debiendo la entidad empleadora brindar la información referida al accidente sufrido⁽²⁴⁾.

(24) Decreto Supremo N° 003-98-SA, artículo 25.2: “LA ENTIDAD EMPLEADORA comunicará por escrito a LA ASEGURADORA, dentro del plazo de 48 horas, o en un término mayor que

De ahí que la demostración de la naturaleza laboral del accidente, y por consiguiente, el efectivo goce de la cobertura previsional, depende al final de cuentas de la suficiencia, idoneidad y completitud de la documentación e información presentada por el empleador (cuando este cumpla con su obligación de informar), o de aquella información limitada que pudiera brindar el asegurado o sus dependientes (en caso el empleador sea omiso a su obligación de informar).

No debe perderse de vista que en la calificación del accidente de trabajo, para la obtención de las prestaciones que establece la ley, existen intereses diametralmente encontrados: el del trabajador, quien lógicamente pretenderá obtener la prestación debida a causa del accidente sufrido; el interés de la empresa aseguradora, que en una lógica empresarial ordinaria, no le huiría a la idea de evitar la asunción de la contingencia reclamada; y, con menos frecuencia, el interés de algunos inicuos empleadores, a quienes les interesará no registrar el accidente sufrido como uno de índole laboral a fin de proteger asuntos de imagen empresarial, o maquillar estadísticas de siniestros, evitar inspecciones de trabajo, etc. Por último, la simple dejadez o displicencia del empleador, o la falta de comunicación fluida entre el empleador y la aseguradora, pueden determinar serios inconvenientes al momento del análisis del accidente. En estas circunstancias creemos conveniente analizar la pertinencia de una presunción que favorezca al trabajador para la obtención de la cobertura correspondiente, invirtiendo la carga de la prueba hacia quien pretenda alegar el origen no laboral del infortunio.

Consideramos que la posición expuesta cuenta con asidero. En primer lugar, partimos del entendido que las normas de la seguridad social tienen una finalidad tutelar que consiste en la protección del asegurado y de sus beneficiarios ante situaciones de necesidad típicas y que se subsumen en dos tipos de causas: las ocurrencias derivadas del propio vivir (ancianidad, enfermedad, orfandad, etc.), y los daños sufridos por la realización de la actividad profesional u ocupación mediante la cual el individuo se provee de sustento (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales). La finalidad de la seguridad social no es ciertamente satisfacer a plenitud las necesidades de los asegurados y de sus beneficiarios, pero sí instituirse –cuando

sea razonable atendiendo a las circunstancias, la ocurrencia de todo accidente de trabajo, dé o no lugar a una reclamación bajo la cobertura de Invalidez y Sepelio por trabajo de riesgo, el cual contendrá necesariamente información sobre la fecha y hora del accidente; el nombre, apellidos, edad, domicilio y labor desempeñada por el ASEGURADO que ha sufrido el accidente; el lugar y circunstancia en que este ocurrió, así como el nombre y domicilio de los testigos*.

menos— como un sistema de garantías de mínimos sociales⁽²⁵⁾ ante la ocurrencia de las citadas circunstancias.

El reconocimiento de derechos o garantías mínimas constituye la expresión material característica de una regulación tuitiva o de protección. Esto es común en el Derecho del Trabajo, donde son la Constitución y la ley las principales fuentes de derechos mínimos irreductibles, en tanto expresión de una garantía estatal de protección a favor del trabajador, en respuesta a una situación de desventaja de hecho connatural a la relación de trabajo.

Ahora bien, para el goce efectivo de cualquier derecho, el ordenamiento jurídico no se satisface con el establecimiento de normas de corte sustantivo. Se hace necesario, como es evidente, la dación de los canales pertinentes para el reclamo y materialización de tales derechos (normas procedimentales y procesales). Esto no constituye hasta ahora ninguna novedad, pues lo dicho es de aplicación tanto a las disposiciones del Derecho Civil, como laboral o mercantil. La particularidad que queremos destacar es que la existencia de una regulación sustantiva protectora demanda de las normas adjetivas, en paralelo, la dación de normas de procedimiento igualmente tutelares, una de cuyas manifestaciones típicas son las presunciones que favorezcan el goce efectivo de los derechos reconocidos por el ordenamiento, aligerando con ello la carga del beneficiario destinatario del derecho de protección, quien no debería incurrir en mayores trances o impedimentos para que, demostrada razonablemente la situación de hecho generadora del beneficio, se vea favorecido con la presunción relativa de la laboralidad del accidente. El objeto es liberar de cargas exacerbadas al perjudicado y prevenir el incumplimiento o cumplimiento parcial de obligaciones de información al ente asegurador por parte del empleador.

Un régimen jurídico tuitivo reconoce en el individuo, a partir de su estado de necesidad o de desventaja, una particular situación merecedora de protección, de lo cual se deriva que el establecimiento de cargas probatorias para el disfrute del derecho tutelado constituye una situación en muchos casos indeseable e inconveniente dada la situación disminuida del trabajador afectado y la situación de desigualdad respecto de quienes se pretenden reclamar el derecho (empresa aseguradora), o de quienes podrían estimar

(25) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “Personas protegidas, asegurados y beneficiarios”. En: DE BUEN, Nestor y Emilio MORGADO (coordinadores). *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. UNAM, México, 1997, p. 625.

conveniente para sus intereses no contribuir al esclarecimiento de las causas del accidente.

Creemos que esta opción legislativa constituiría una materialización del principio protector que orienta al Derecho del Trabajo, aplicado por extensión a las materias propias de la seguridad social. La aplicación extensiva de este principio no nos parece conflictiva y en ello abunda gran parte de la doctrina. En este sentido, Neves ha sostenido la plena aplicabilidad de los principios del Derecho del Trabajo a las materias de la Seguridad Social⁽²⁶⁾, considerando que aquellos han servido como notable asidero para la interpretación de los derechos humanos, a la par que el ordenamiento laboral constituyó una avanzada del ordenamiento humanitario en su conjunto, impregnando en este sus principios inspiradores; y siendo el caso que los sistemas de Seguridad Social integran la normativa de los derechos humanos, cabría aplicar por tanto los principios tuitivos del Derecho del Trabajo a la Seguridad Social (en tanto derecho humano). A ello hay que sumar el hecho que los sustratos de ambas materias son sumamente semejantes por contemplar a la misma población cubierta y porque la Seguridad Social hasta el momento actúa donde existen relaciones de trabajo, lo cual evidencia su alto nivel de imbricación.

Ahora bien, si hemos de preguntarnos cuál debería ser el contenido de dicha presunción, creemos que deberíamos obrar con cautela a fin de comprender dentro de ella los supuestos más plausibles, evitando que la presunción deje de ser una legítima herramienta puesta al servicio del trabajador y se convierta en un auténtico “cajón de sastre”. En este sentido, consideramos importante referente la experiencia española que ha sido plasmada en el inciso 3) del artículo 115 del Real Decreto Legislativo N° 1/1994 del 20 de junio de 1994, mediante el cual se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Esta norma establece que “se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo”.

Debemos destacar el hecho que la presunción no se circunscribe al ámbito del centro de trabajo, sino que recoge con amplitud el término “lugar de trabajo”, permitiendo albergar dentro de sí, según la interpretación adoptada, a los accidentes acaecidos en los lugares de operaciones del empleador fuera de un centro de trabajo determinado, e incluso a los lugares

(26) NEVES MUJICA, Javier. “Aplicación de los principios del derecho del trabajo a la previsión social”. En: *Asesoría Laboral*. Lima, abril de 1999, p. 25.

de trabajo a los que el trabajador acude inmediatamente antes o después de laborar, con ocasión de sus labores (duchas, vestuarios, etc.)⁽²⁷⁾. La desventaja de esta presunción es que, en principio, podría no ser fácilmente aplicable al caso de ciertos trabajadores que cumplen labores de forma atípica, por ejemplo, algunos servidores no sujetos a fiscalización inmediata que laboran fuera o parcialmente fuera del centro de trabajo. Sin embargo, estas contadas excepciones no deberían desvirtuar la pertinencia de una presunción como la propuesta.

En cuanto a la noción de “tiempo de trabajo”, el Tribunal Supremo Español ha hecho también una interpretación muy interesante porque, contrariamente a la noción estrictamente temporal a la que parece aludir el concepto (ej. un horario de trabajo), dicho Colegiado ha asumido que la alusión debe hacerse más bien a lo que podríamos denominar una circunstancia temporal vinculada a la labor. En tal sentido, bastaría que el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo, en el que se presume que ha estado realizando actividades o esfuerzos de índole laboral⁽²⁸⁾; sin perder de vista que la presunción operaría también cuando se ignore el momento exacto del accidente, si se desprende lógicamente que tuvo que ocurrir dentro de la jornada de trabajo o muy próximo a su terminación⁽²⁹⁾ o comienzo.

El establecimiento en nuestra normativa de una presunción de esta índole, creemos, libraría favorablemente al trabajador de soportar las cargas e implicancias probatorias de accidentes de trabajo de difícil demostración, sea cual fuere el origen de esta contrariedad (los hechos mismos constitutivos del evento, la falta de colaboración de los entes involucrados en la investigación, etc.), trasladando esencialmente sobre la aseguradora el deber de hacerse de las pruebas necesarias que demuestren la etiología no laboral del evento. Rescatamos en este sentido lo afirmado por Alonso Olea cuando destaca “(...) la importancia de la presunción que, conjugada con el sentido restringidísimo de la fuerza mayor extraña, releva el (sic) accidentado de la prueba de causalidad, erigiendo el lugar y el tiempo de su ocurrencia en elementos cruciales para la calificación del hecho como accidente”⁽³⁰⁾.

(27) ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis. Ob. cit., p. 68.

(28) STC 7925/2006 del 20 de noviembre de 2006.

(29) ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis. Ob. cit., p. 68.

ALONSO OLEA, Manuel. “Accidente de tráfico y accidente de trabajo”. En: KURCZYN VILLALOBOS, Patricia y PUIG HERNÁNDEZ, Carlos Alberto (coordinadores). *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Nestor de Buen Lozano*. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2003, p. 54.

2. Desprotección legal de las personas sujetas a contratos formativos

La obligatoriedad del SCTR está diseñada solo para trabajadores, es decir, para quienes están sujetos a un vínculo laboral dependiente. El artículo 1 de las Normas Técnicas del SCTR es muy enfático en este sentido (sin perjuicio de serlo también la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud y su Reglamento), señalando dicha regulación que el SCTR es de aplicación a los trabajadores empleados y obreros que sean afiliados regulares del Seguro Social de Salud y que laboren en un centro de trabajo considerado de alto riesgo. Esto supone una clara exclusión del ámbito de protección a las personas sujetas a modalidades formativas quienes, no obstante encontrarse excluidos por norma expresa del ámbito de la laboralidad, se encuentran expuestos a los mismos peligros ocupacionales a los que podría estar expuesto cualquier trabajador dentro de la empresa de alto riesgo. Cabría, por lo tanto, cuestionarse si esta exclusión es razonable.

Cierto es, como indicamos más adelante, que muchas empresas de alto riesgo adoptan como estándar voluntario la cobertura con el SCTR de las personas sujetas a contratos formativos, bajo el entendido que la cobertura legal mínima prevista para estos casos es ínfima⁽³¹⁾. Sin embargo, esta no es la regla y el caso es que este vacío debería ser abordado directamente por la ley.

La cobertura integral que persigue la Seguridad Social no puede estar sujeta a la calificación laboral o no laboral de una relación jurídica cuando se trata de accidentes derivados del trabajo o enfermedades profesionales⁽³²⁾. La exposición y el sufrimiento de efectos dañosos por causa del trabajo son un riesgo común del cual participan tanto el trabajador dependiente, como los practicantes preprofesionales o profesionales, las personas sujetas a capacitación laboral juvenil, etc. Dicho de otra manera, un infortunio causado por el trabajo no deja de ser tal por el hecho de que el perjudicado no sea trabajador en términos jurídicos; y esto es una mera constatación de los hechos, lo cual evidencia ciertamente un tratamiento legal indebidamente diferenciado y poco defendible.

(31) El numeral 8 del artículo 42 de la Ley N° 28518 establece que es obligación de la empresa, respecto de las personas bajo modalidad formativa, cubrir los riesgos de enfermedad y accidente a través de Essalud o de un seguro privado con una cobertura equivalente a catorce (14) subvenciones mensuales en caso de enfermedad y treinta (30) por accidente. Al no establecerse diferencia, se entiende que esta cobertura opera en caso de enfermedades y accidentes en general, sean comunes o de trabajo.

(32) En esto nos dan la razón los artículos 105 y 108 del Reglamento de la Ley de Aseguramiento Universal en Salud, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2010-SA, que han establecido que la cobertura del SCTR debería operar con prescindencia de la naturaleza de la relación de servicios, y la obligatoriedad de la cobertura en el caso de los trabajadores independientes (quienes deberán contratar el seguro por cuenta propia).

En este sentido se ha manifestado incluso la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En efecto, el Convenio 121 OIT sobre prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedades profesionales (aunque no ratificado por el Perú, constituye un importante parámetro de evaluación), establece en su artículo 4 numeral 1) lo siguiente:

“La legislación nacional sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales debe proteger a todos los asalariados, **incluidos los aprendices**, de los sectores público y privado, comprendidos aquellos de las cooperativas, y, en caso de fallecimiento del sostén de familia, a categorías prescritas de beneficiarios” (subrayado nuestro).

Precisamos que el concepto “aprendiz” empleado a nivel de la OIT es asimilable al caso de las modalidades formativas reguladas en la ley peruana, de las cuales son las más empleadas los convenios de aprendizaje, prácticas preprofesionales y profesionales, y la capacitación laboral juvenil. En efecto, las Recomendaciones 57 y 60 establecen que el término “aprendizaje” se aplica a todo sistema en virtud del cual el empleador se obliga, por contrato, a emplear a un joven trabajador y a enseñarle o a hacer que se le enseñe metódicamente un oficio, durante un periodo previamente fijado, en el transcurso del cual el aprendiz está obligado a trabajar al servicio de dicho empleador.

Aunque el artículo 105 del Reglamento de la Ley de Aseguramiento Universal en Salud (Decreto Supremo N° 008-2010-SA) prevé la cobertura progresiva del SCTR para la totalidad de las personas que laboran o prestan servicios en empresas o entidades empleadoras que desarrollan cualquier actividad económica, existe hasta el momento un vacío normativo puesto que no se han diseñado ni aprobado aún pautas para dicha progresividad, lo cual es tarea del Minsa a la luz de la norma referida.

3. Exclusión de los accidentes *in itinere*⁽³³⁾

Tal como hemos mencionado anteriormente, la discusión acerca del concepto de “accidente de trabajo”, así como las eventuales inclusiones o exclusiones, se reconducen a lo que establezca la ley sobre el particular. Es la

(33) A partir de lo que establece unánimemente la doctrina, entendemos por accidente *in itinere* a aquel que se produce en el trayecto entre el domicilio del trabajador hacia el centro de trabajo, o viceversa, es decir, de regreso al domicilio. El término parece haber sido acuñado en el mundo de habla hispana por primera vez en la STS española del 1 de julio de 1954. Sobre el particular: CHACARTÉGUI JÁVEGA, Consuelo. *El concepto de accidente de trabajo: su construcción por la jurisprudencia*. Ed. Bomarzo, Albacete, 2007. p. 52.

legislación la que opta, al margen de las conceptualizaciones o disquisiciones doctrinales, cuál deberá ser el sentido de la institución jurídica en cuestión. En el caso peruano, la ley ha optado por la exclusión expresa y deliberada de los accidentes *in itinere*, incluso en los casos en que el transporte sea realizado por la entidad empleadora en vehículos propios contratados para tal efecto. Si bien ello lo que establece la norma, resulta pertinente indagar sobre la razonabilidad de esta marginación.

En primer lugar, partimos del hecho que, para muchas legislaciones (como la argentina o la española), hablar de accidentes *in itinere* no constituye algo descabellado ni motivo de exclusión del ámbito tuitivo de la Seguridad Social⁽³⁴⁾. Por el contrario, tales normativas contemplan estos supuestos de manera específica. Así, el artículo 6 numeral 1) de la Ley N° 24557 argentina (Ley sobre Riesgos del Trabajo) recoge explícitamente como riesgo cubierto el accidente *in itinere*⁽³⁵⁾, al igual que el artículo 115, numeral 2), literal “a” del Real Decreto Legislativo N° 1/1994 español (Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social)⁽³⁶⁾.

Es particularmente especial el desarrollo jurisprudencial que ha venido recibiendo esta materia a lo largo del tiempo, precisamente, en la experiencia española, pues a partir de esta se han venido postulando diferentes criterios que continúan ejerciendo presión e influencia cuando menos a nivel doctrinario en los países que no tienen prevista la cobertura de los accidentes *in itinere* como un riesgo especial del trabajo. En efecto, como se ha encargado de referir Serna Calvo, la jurisprudencia ha ido perfilando el concepto en cuestión (no obstante la gran complejidad que se genera a partir de la casuística), exigiendo en esa línea la concurrencia de diferentes elementos configuradores:

- a) **Teleológico:** que comporta que la finalidad principal y directa del viaje esté determinada por el trabajo.
- b) **Geográfico o topográfico:** que exige que el accidente se produzca en el trayecto habitual y normal que debe recorrerse desde el

(34) Otros casos son Alemania, Francia, Suiza e Italia, según lo mencionado por ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis. Ob. cit., p. 74.

(35) “Artículo 6.- Contingencias // 1. Se considera accidente de trabajo a todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo, o en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo, siempre y cuando el damnificado no hubiere interrumpido o alterado dicho trayecto por causas ajenas al trabajo (...)” (subrayado nuestro).

(36) “Artículo 115.- Concepto del accidente de trabajo // (...) 2. Tendrán la consideración de accidentes de trabajo: (...) a. Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo (...)”.

domicilio al lugar de trabajo o viceversa. Los diferentes supuestos de desviaciones de este trayecto y su consideración o no como accidente han sido objeto de diferentes pronunciamientos judiciales en función de las circunstancias concurrentes.

- c) **Cronológico:** en virtud del cual el accidente se ha de producir dentro del tiempo prudencial que normalmente se invierte en el trayecto, y en consecuencia que el recorrido no se vea alterado por desviaciones o alteraciones temporales que no sean normales y obedezcan a motivos de interés particular de tal índole que rompan el nexo causal con la ida o la vuelta del trabajo.
- d) **Idoneidad del medio:** exige que el trayecto se realice con medio normal de transporte, y se excluyen los supuestos de utilización del transporte prohibido por la empresa, o los supuestos de conducción infringiendo normas circulatorias⁽³⁷⁾.

La OIT no es tampoco ajena a la consideración del accidente *in itinere* como un auténtico riesgo vinculado al trabajo. El anteriormente citado Convenio 121 OIT establece en su artículo 7 lo siguiente⁽³⁸⁾:

“Artículo 7

1. Todo Miembro deberá prescribir una definición del accidente del trabajo, incluyendo las condiciones bajo las cuales un accidente sufrido en el trayecto al o del trabajo es considerado como un accidente del trabajo, y debe precisar los términos de dicha definición en las memorias sobre la aplicación de este Convenio que habrá de presentar en cumplimiento del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo”.

Este artículo del Convenio, en su concepción integral, establece que los estados que lo hayan ratificado deben definir en su legislación interna el concepto de accidente de trabajo, debiendo establecer necesariamente las condiciones que deben darse para calificar un evento como un accidente *in itinere*. Dicho de otro modo, la norma no establece la posibilidad ni es permeable a la idea de que los estados excluyan a los accidentes *in itinere* del ámbito de protección de la Seguridad Social; por el contrario, la OIT plantea

(37) SERNA CALVO, Mar. *Ius Labor*. Revista electrònica de Dret del Treball i de la Seguretat Social. Universitat Pompeu Fabra. Número 2/2014 <http://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2014-2/MarSerna.pdf>.

(38) En semejante sentido, la Recomendación 121 OIT, artículo 5, literal c).

una postura según la cual estos infortunios son pasibles de ser considerados como accidentes relacionados al trabajado, exigiendo tan solo la delimitación del concepto a partir de las normas nacionales. Reiteramos que si bien el Perú no ha ratificado este Convenio, ello no perjudica el autorizado concepto que se encuentra detrás del mismo.

En términos generales, creemos que los accidentes producidos al emprender un trayecto determinado cada día laborable rumbo al lugar de trabajo, y los acaecidos en el trayecto de regreso al domicilio, deberían ser considerados como accidentes de trabajo. La razón es muy sencilla e intuitiva: dicho trayecto no se emprendería si no fuera pura y directamente por causa del trabajo a desempeñar –o por el trabajo ya desempeñado–, con lo cual se da sentido a la causalidad que constituye pieza motora y central en el concepto de accidente de trabajo⁽³⁹⁾. Tal como lo expresa Chacartegui Jávega, “se produce el desplazamiento como acto necesario para efectuar la prestación de servicios, por lo tanto, si no hubiese habido trabajo no existiría desplazamiento, y sin desplazamiento no habría sucedido el accidente de trabajo”⁽⁴⁰⁾.

Una posible objeción contra esta posición podría provenir de quienes afirmen la superposición o coincidencia del accidente *in itinere* con los accidentes de tránsito, pudiendo ello generar suspicacias en relación a cuál debería ser la verdadera causa generadora del accidente. Nosotros creemos que más que una superposición, se trata de una intersección conceptual, ya que si bien no todos los accidentes de tránsito son *in itinere*, y no todos los accidentes *in itinere* son accidentes de tránsito, existe un campo común donde pueden confluir ambos conceptos. Además, repárese en que la noción de “accidente de tránsito” no alude ni pretende aludir a la causalidad del desplazamiento (lo que es relevante para la perspectiva preventiva y previsional), sino simplemente a una verificación de hecho evidente y superficial, como es que el accidente se ha producido en vías de tránsito. En tal sentido, ambos conceptos no constituyen lo mismo, pero lo a la vez no son excluyentes el uno del otro.

Reconocemos lo difícil que sería que nuestra legislación adopte súbitamente una posición radicalmente contraria a la tradicionalmente mantenida

(39) Para mayor información sobre la casuística en el caso español en esta materia (supuestos de ruptura del nexo causal y supuestos asimilados al concepto de accidente *in itinere*) consultar ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA. Ob. cit. pp. 70-76; y CHACARTEGUI JÁVEGA. Ob. cit., pp. 53-58.

(40) CHACARTEGUI JÁVEGA. Ob. cit., p. 51.

desde la instauración de las normas del SCTR. Sin embargo, cuando menos parecería ameritar un análisis más detenido y concienzudo en el corto plazo el supuesto en que el accidente se produce cuando el trabajador es transportado por el empleador, sea a través de vehículos propios o contratados para tales efectos. En estos casos nos parece poco apropiada la exclusión dispuesta por ley, pues no solo se encuentra detrás la relación de causalidad entre el desplazamiento y la labor sino que, al proporcionar directa o indirectamente el empleador el medio de transporte, el trabajador es puesto desde ya, clara e irremediamente, dentro del ámbito de protección del empleador, convirtiéndose este en responsable de las condiciones de seguridad bajo las cuales se presta dicha facilidad, a las cuales el servidor simplemente se somete.

En efecto, la exclusión promovida por las normas del SCTR de este tipo de accidentes en los que el trabajador es transportado directa o indirectamente por el empleador, genera una indeseable incompatibilidad y discordancia con las normas de prevención de riesgos laborales, pues estas expresamente contemplan que el empleador debe ejercer su deber de prevención de riesgos, en ciertas circunstancias, en los desplazamientos de los trabajadores. Dentro de estas situaciones se encuentran los casos de desplazamiento del trabajador entre el domicilio y el centro de trabajo, siempre que el empleador brinde o facilite el transporte por mandato legal, a título de condición de trabajo o cuando simplemente brinde dicho traslado. Así lo prevé el artículo 93 del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Decreto Supremo N° 005-2012-TR), siendo que el aludido deber de prevención exigiría, según las circunstancias, obligaciones de diligencia que se manifiesten, por ejemplo, en la verificación periódica del adecuado mantenimiento y operatividad de los vehículos, que estos cuenten con los mecanismos de protección y de seguridad necesarios en caso de accidente, que quienes conduzcan los vehículos sean personas capacitadas, etc.

Por consiguiente, en nuestro concepto, en el plano preventivo los accidentes que se produzcan en cualquiera de estos mencionados supuestos deberían ser catalogados expresamente como accidentes de trabajo para los fines de las normas de seguridad y salud, toda vez que la ley advierte que en estos casos existe una coyuntura en la cual el empleador debe poner de manifiesto su deber de prevención o, dicho de otra forma, que en estas situaciones el trabajador se encuentra bajo el ámbito de protección de su empleador, acentuándose así la causalidad laboral en la hipótesis de producirse un accidente. En contrapartida, y de manera lamentablemente paradójica, esta misma clase de eventos no califican como accidentes de trabajo cubiertos por el SCTR debido a la exclusión genérica contemplada por las normas de

este sistema asegurador, lo que evidencia una injustificada incongruencia de tratamiento dentro del sistema normativo peruano.

Por consiguiente, considerando el repertorio de obligaciones preventivas que pesan sobre el empleador cuando del transporte de personal de trata, nos parece cuestionable que se siga contemplando en las normas del SCTR la exclusión deliberada y absoluta de este supuesto específico de accidente *in itinere*. Si bien sería deseable que todo accidente *in itinere* sea contemplado como un riesgo cubierto por el sistema asegurador de los riesgos profesionales –dentro del ánimo universalista e integral al que aspiran a las normas previsionales–, con mayor razón debería serlo el supuesto que comentamos debido a que existe una causalidad laboral más que palmaria en razón de la presencia de un específico deber de prevención empresarial, impuesto y reconocido por ley, y que trasciende los confines del centro de trabajo y de la actividad laboral en sí.

4. Accidentes sufridos fuera de la orden de trabajo escrita y los padecidos en una labor realizada en interés del empresario

El régimen del SCTR excluye deliberadamente del ámbito de protección a los accidentes producidos como consecuencia del incumplimiento del trabajador de una orden escrita específica impartida por el empleador.

Las órdenes de trabajo que recibe un trabajador para el desempeño de sus funciones ciertamente pueden ser generales o específicas. Es usual que el contrato de trabajo, cuando este es escrito, contenga un marco muy amplio que brinda lineamientos generales de cuál deberá ser en términos globales la prestación debida del trabajador. Ya en el devenir de la relación laboral, dicha obligación general de trabajar en cierta posición suele ser objeto de actos de especificación y concreción, por ejemplo, al recibir el trabajador órdenes específicas por parte de la supervisión, o documentalmente a través de reglamentos, memorandos, órdenes de servicios, procedimientos escritos de trabajo, etc.

Lo que postula el SCTR es la exclusión del ámbito tutelado de los accidentes de trabajo que se desencadenen a causa de la inobservancia del trabajador de estos documentos escritos. Sin embargo, la norma no repara en que bajo esta premisa general pueden caber diversos supuestos que van más allá del simple y deliberado incumplimiento de una orden escrita, que es lo que la norma busca excluir de cobertura (es decir, el caso del trabajador negligente que, debido a su apartamiento de las órdenes de trabajo impartidas por escrito, sufre un accidente en la labor).

En efecto, el tema no parece ser tan sencillo como lo plantea la norma. Si el trabajador cumple una labor distinta a la ordenada por escrito, o realiza la labor encomendada de una forma distinta a la dispuesta por escrito, pero porque ha mediado una orden superior en este sentido, ¿realmente debería excluirse la cobertura del accidente sufrido? Creemos que no. Sin embargo, la norma parece no abrir espacio para esta casuística, ya que solo se limita a verificar si se cumplió o no el mandato escrito, cuando este existió.

A nuestro parecer, la exclusión no debería ser absoluta, pues ello implicaría desconocer un dato de la realidad, como es el hecho que el empleador, a través de quienes lo representan durante la ejecución del trabajo, y en ejercicio de sus facultades directrices, puede modalizar las prestaciones laborales de manera muy dinámica, aunque estas hayan constado inicialmente en un documento escrito, y por más específico que este haya sido. En tal sentido, si se produce un accidente de trabajo porque el trabajador obedeció una orden verbal del empleador o de su representante que se alejaba de la orden escrita inicialmente emitida, tenemos por saldo un resultado penoso que deberá ser cargado indebidamente por la víctima del infortunio. La exclusión dispuesta por el SCTR niega incomprensiblemente la posición subordinada en la que se encuentra el trabajador dentro de la relación laboral, lo que se manifiesta de manera mucho más incisiva en la ejecución diaria de la labor.

V. CONCLUSIONES

El accidente de trabajo es abordado desde dos perspectivas: una destinada a combatir los riesgos laborales con la finalidad de evitar la ocurrencia de dichos infortunios (ámbito de la Seguridad y Salud en el Trabajo), y otra dedicada a enfrentar y menguar las consecuencias perniciosas de los infortunios cuando estos se materializan (ámbito de la Seguridad Social). La regulación peruana del SCTR se inserta en este segundo tipo de medidas legislativas.

La doctrina ha estudiado con amplitud las notas características de los accidentes de trabajo, compartiendo los diversos autores criterios mayormente comunes. Sin embargo, al margen de las concepciones doctrinales, para efectos prácticos en el ámbito previsional, son las legislaciones las que definen en última instancia qué se entenderá por accidente de trabajo a fin de conceder la cobertura correspondiente, pudiendo plantear en algunos casos exclusiones muy cuestionables.

La norma peruana no es ajena a esta clase de deficiencias, razón por la que en el presente estudio hemos abordado algunas de las que, en nuestro concepto, llaman más la atención y merecen una mayor reflexión de parte del legislador: la ausencia de una presunción que favorezca al trabajador al momento de la calificación del accidente, la exclusión de los contratos formativos, algunos supuestos de accidentes *in itinere*, y la exclusión de ciertos accidentes que se originan en mandatos verbales del empleador. Pese a sus eventuales imperfecciones, todo régimen legal es perfectible y esperamos que tal sea el derrotero del tratamiento del accidente de trabajo en el Perú.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Mario. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Vol. 6. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2007.

ALONSO OLEA, Manuel. “Accidente de tráfico y accidente de trabajo”. En: KURCZYN VILLALOBOS, Patricia y PUIG HERNÁNDEZ, Carlos Alberto (coordinadores). *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Nestor de Buen Lozano*. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2003.

ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis. *Instituciones de seguridad social*. 14ª ed., Civitas, Madrid, 1995.

ALTAMIRA Raúl y HÜNICKEN, Javier. “Reparación de infortunios laborales”. En: VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (Director). *Tratado de Derecho del Trabajo*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983.

CHACARTEGUI JÁVEGA, Consuelo. *El concepto de accidente de trabajo: su construcción por la jurisprudencia*. Ed. Bomarzo, Albacete, 2007.

DE DIEGO, Julián Arturo. *Manual de Derecho del Trabajo y de la seguridad social*. 5ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.

HUMERES MAGNAN Héctor y HUMERES NOGUER, Héctor. *Derecho del Trabajo y de la seguridad social*. 15ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.

NEVES MUJICA, Javier. “Aplicación de los principios del derecho del trabajo a la previsión social”. En: *Asesoría Laboral*, Lima, abril de 1999.

OIT. *La prevención: una estrategia global. Promover la seguridad y salud en el trabajo*. Informe de la OIT para el Día Mundial sobre la Seguridad y Salud en el Trabajo. OIT, Ginebra, 2005.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "Personas protegidas, asegurados y beneficiarios". En: DE BUEN, Nestor y MORGADO, Emilio (coordinadores). *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la seguridad social*. UNAM, México, 1997.

RUÍZ MORENO, Ángel Guillermo. *Nuevo derecho de la Seguridad Social*. Ed. Porrúa, México, 2003.

SERNA CALVO, Mar. *Ius Labor*. Revista electrònica de Dret del Treball i de la Seguretat Social. Universitat Pompeu Fabra. Número 2/2014 <http://www.upf.edu/ius-labor/_pdf/2014-2/MarSerna.pdf>.

LA INEPTITUD SOBREVENIDA POR ACCIDENTE DE TRABAJO O ENFERMEDAD OCUPACIONAL

Liliana Tsuboyama Shiohama⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

En materia de seguridad y salud en el trabajo nuestro país dio un salto muy importante a partir del año 2005, con la publicación del Decreto Supremo N° 009-2005-TR, que aprobó el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, en adelante “SST”, el cual por primera vez exigía a los empleadores de todos los sectores económicos a contar con un Sistema de Gestión de Seguridad y Salud, así como cumplir con una serie de obligaciones complementarias.

Posteriormente, en el año 2011 se publicó la Ley N° 29783, que en el fondo dio fuerza de ley a estas obligaciones y que empoderaba, en consecuencia, a las autoridades laborales en la tarea de fiscalización en su cumplimiento. A ello se sumaron las consecuencias en el ámbito penal y la posterior creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) con su correlato en el incremento de multas por infracción de obligaciones laborales y la especial consideración de aquellas referidas a la seguridad y salud en el trabajo.

Este año, en julio de 2014, mediante Ley N° 30222, el Gobierno decidió flexibilizar algunas obligaciones de la vigente Ley de Seguridad y Salud

(1) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster de Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Profesora de Derecho Laboral de la Universidad de Lima.

en el Trabajo, como parte de un paquete de medidas destinadas a promover la inversión.

Uno de los temas presentes en las tres normas fue el caso de los trabajadores que, habiendo sufrido un accidente de trabajo y una enfermedad profesional, ya no pudieran continuar desempeñándose en el mismo puesto de trabajo. Dichos trabajadores tienen el derecho a ser transferidos a otro puesto de trabajo; sin embargo, este derecho de transferencia tuvo distintos condicionamientos en estos cuerpos normativos.

Adicionalmente esta situación debe ser analizada conjuntamente con la facultad del empleador de extinguir el vínculo laboral por ineptitud sobrevenida, contemplada en el Texto Unico Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante, la LPCL), la Ley General de las Personas con Discapacidad –aprobada mediante Ley N° 29973– y con regulaciones del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo que también han abordado esta situación.

Este trabajo pretende analizar –a la luz de la normativa antes indicada– la problemática de la situación de un trabajador afectado por un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional y que no pueda continuar desempeñándose en el mismo puesto de trabajo producto de dicha discapacidad.

II. MARCO NORMATIVO

1. Ineptitud sobrevenida como causa de extinción de la relación laboral

El texto original del literal a) del artículo 23 de la LCPL establecía como causa justa de despido, relacionada con la capacidad del trabajador, “el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas”. Este detrimento o ineptitud sobrevenida debe ser certificado por EsSalud, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador⁽²⁾. Además, si el trabajador se niega injustificadamente a someterse a los referidos exámenes médicos, se entendía como aceptada la causa justa de despido.

(2) Artículo 33 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo.

El despido por ineptitud sobrevenida debe seguir el procedimiento establecido en la LPCL, que consiste en notificar al trabajador el haber incurrido en la causal y darle 30 días naturales para que pueda ejercer su derecho de defensa. Posteriormente el empleador podrá o no tomar la decisión del despido.

Mediante la Séptima Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, publicada el 24 de diciembre de 2012, se sustituyó el literal a) del artículo 23 de la LPCL, quedando la causal de causa justa de despido con el texto siguiente:

“a) Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros; (...)”.

Es decir, conforme a esta modificación, la ineptitud sobrevenida solo puede ser considerada como causa justa de despido si previamente:

- El empleador ha realizado los ajustes razonables correspondientes en el puesto de trabajo para que el trabajador pueda continuar sus funciones no obstante la deficiencia sobrevenida;
- Se ha verificado que no existe otro puesto vacante al cual pueda ser transferido el trabajador afectado por la ineptitud; y,
- Se ha verificado que, de darse la posibilidad de poder transferir al trabajador a otro puesto, este podría conllevar un riesgo para la seguridad y salud del trabajador o de terceros.

De esta manera, actualmente la ineptitud sobrevenida comprobada de un trabajador ya no implica automáticamente su cese, sino que previamente el empleador debe haber realizado los ajustes necesarios a su puesto de trabajo; si con ello persiste que el trabajador no pueda desempeñarse en él, el empleador debe intentar transferirlo a otro puesto vacante que no afecte la seguridad y salud del trabajador o de terceros. Se entiende que agotada esta posibilidad, recién el empleador podría invocar esta causa justa para dar por concluida la relación laboral con un trabajador.

2. El despido por ineptitud sobrevenida en el marco normativo del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR)

El SCTR es una cobertura adicional que poseen los trabajadores que desarrollan una actividad calificada como riesgosa, consistente en prestaciones de salud –a través de Entidades Prestadoras de Salud o EsSalud– y prestaciones económicas –a través de compañías de seguro o la Oficina de Normalización Previsional (ONP)–, que pudieran ser necesarias con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional producto del desempeño laboral en la actividad riesgosa.

Al regular las pensiones por invalidez, las Normas Técnicas del SCTR, aprobadas mediante Decreto Supremo N° 003-98-SA, establecen que en caso de un trabajador con invalidez –causada por una enfermedad ocupacional o un accidente de trabajo– inferior al 50 % y superior al 20 %, es decir, una invalidez parcial permanente, el empleador queda prohibido de cesar al trabajador basado en su condición de invalidez (artículo 18.2.4).

Bajo esta normativa entonces, se prohíbe expresamente al empleador cesar a un trabajador que haya incurrido en una invalidez parcial permanente a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional derivado del ejercicio de una actividad considerada como riesgosa. Aquí podemos apreciar una colisión con el artículo 23-a) de la LPCL, la cual analizaremos posteriormente.

Cabe señalar que ha existido jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁽³⁾ que ha considerado como base legal para sustentar una reposición, el artículo 18.2.4 del Decreto Supremo N° 003-98-SA, aun cuando por un tema de jerarquía contraviene la LPCL.

3. Derecho de reubicación del trabajador según el régimen legal de Seguridad y Salud en el Trabajo

Otro cuerpo normativo que viene incidiendo en el tema de las consecuencias de una ineptitud sobrevenida es el que regula la Seguridad y Salud en el Trabajo.

(3) Sentencia recaída en el Exp. N° 10422-2006-PA/TC de 16 de enero de 2007. Considerando 10. “Además debe tenerse presente que según el artículo 18.2.4 del Decreto Supremo N° 003-98-SA, el demandante, al padecer de una invalidez parcial permanente inferior al 50 %, no podía ser despedido. Por tanto, si la emplazada considera que el demandante no se encuentra capacitado para desempeñar el cargo que ocupaba, debe reponerlo en un puesto de trabajo de igual nivel o categoría que demande un menor esfuerzo físico, ello con la finalidad de poder preservar su estado de salud y su dignidad como trabajador.

El derogado Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2005-TR, estableció el derecho de los trabajadores a ser transferidos, en caso de accidente de trabajo o de enfermedad ocupacional, a otro puesto que implique menos riesgo para su seguridad y salud, siempre y cuando exista. A tal efecto, el trabajador afectado por la ineptitud debía ser previamente capacitado para el nuevo puesto de trabajo. Así, vemos que bajo esta regulación, ante la existencia de una ineptitud para continuar desempeñándose en un determinado puesto de trabajo, se imponía el deber de transferir al trabajador a otro que implique menos riesgo para su seguridad y salud, pero condicionado a la existencia de esta nueva posición laboral. De no ser así, se entendía que el trabajador podía ser cesado al amparo del artículo 23-a) de la LPCL.

Posteriormente la Ley de SST, Ley N° 29783, replicó este derecho de preferencia, sin embargo, eliminando la condición de la existencia de otro puesto de trabajo. Es decir, se imponía la obligación de transferencia a otro puesto de trabajo, existiera o no aquel (artículo 76). Además, se agrega que tal transferencia no debe afectar los derechos remunerativos ni la categoría del trabajador.

En julio de 2014, esta norma fue modificada por la Ley N° 30222, que exceptuó del derecho de transferencia a aquellos trabajadores que fueran afectados con una invalidez absoluta permanente, guardando así coherencia con la LPCL, que incluye como causal de extinción de pleno derecho de la relación laboral a la invalidez absoluta permanente.

Visto este panorama legislativo, pasemos a analizar la problemática jurídica que ello genera.

III. INEPTITUD SOBREVENIDA COMO CAUSA JUSTA DE DESPIDO APLICABLE A TODOS LOS TRABAJADORES EN GENERAL

Como se ha señalado líneas arriba, el artículo 23 inciso a) de la LPCL establece, como causa justa de despido vinculada con la capacidad del trabajador: “las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros”.

Así, para poder extinguir la relación laboral de un trabajador con una deficiencia sobrevenida, se requiere lo siguiente:

- i) Que exista una deficiencia sobrevenida;
- ii) Que el empleador haya realizado ajustes razonables al puesto de trabajo;
- iii) Que no obstante ello la deficiencia impida el desempeño de las tareas de trabajador;
- iv) Que no exista posibilidad de transferir al trabajador a otro puesto de trabajo por cuanto:
 - a. No hay puesto vacante; o,
 - b. Habiéndolo, el puesto implica riesgos para su seguridad y salud o la de terceros.

1. La deficiencia física, intelectual, mental o sensorial debe ser sobrevenida

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, “sobrevenir” significa “Dicho de una cosa: Acaecer o suceder además o después de otra”.

Ello conlleva a que la deficiencia que puede dar origen al despido al trabajador debe ser una que se haya producido con posterioridad al inicio de la relación laboral, pues si se trata de una característica que el empleador conoció al momento de su contratación, se entiende que fueron aceptadas por aquel como parte de las características del trabajador, más aún cuando el empleador pudo haber verificado durante el periodo de prueba la aptitud del trabajador pese a dichas deficiencias⁽⁴⁾.

(4) “(...) la existente y conocida con anterioridad a la superación de un periodo de prueba no podrá invocarse luego, pues el mismo subsana la ineptitud originaria, al venir obligado el empresario, (...), a realizar las experiencias necesarias para poder conocerlas y detectarlas (SALA); salvo que, naturalmente, la misma fuera ocultada dolosamente por el trabajador (ALONSO OLEA)”. “(...) esta causal solo opera cuando la afectación de la capacidad laboral del trabajador es sobrevenida al inicio de la relación laboral, no pudiendo invocarse la falta de aptitud que pudiera haber existido antes de cumplirse el periodo de prueba, pues en tal caso, tuvo el empleador la posibilidad de comprobar las aptitudes del trabajador y extinguir libremente el contrato.” (BLANCAS BUSTAMENTE, Carlos. *El Despido Individual por Causa Justa*. 2ª ed., ARA Editores, Lima, 2006, p. 139. MOLERO MANGLANO, Carlos (Dir.). *Estructura del Contrato de Trabajo. (Un estudio sobre su configuración, elementos, contenido y extinción)*. Editorial Dykinson, Madrid, 1997, pp. 706-707

2. La deficiencia física, intelectual, mental o sensorial debe ser de carácter permanente

La deficiencia de la cual adolece el trabajador y que servirá de sustento del despido por causa justa deberá ser de carácter permanente, es decir, no deberá tratarse de una incapacidad coyuntural para desempeñar sus funciones.

En efecto, de tratarse de una incapacidad de carácter temporal, estaríamos frente a una causal de suspensión y no una de conclusión de la relación laboral, conforme lo establece el literal a) del artículo 12 de la LPCL. El artículo 13 de la LPCL distingue entre la invalidez absoluta temporal y la invalidez parcial temporal. La primera suspende la relación laboral por el tiempo de su duración; la segunda solo suspende la relación laboral si impide el desempeño normal de las labores por el trabajador. Igualmente debe ser declarada por EsSalud, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador.

3. La deficiencia física, intelectual, mental o sensorial no debe ser de carácter absoluto

La causal de despido por ineptitud sobrevinida regulada en el artículo 23 de la LPCL no está referida a una incapacidad absoluta para el desempeño de labores por el trabajador, ni tampoco permanente, como pudimos señalar en el numeral anterior. Ello debido a que la incapacidad absoluta y permanente constituye una causa per se de extinción de la relación laboral, regulada en el literal e) del artículo 16 de la LPCL.

Es más, la verificación de una invalidez absoluta y permanente determinará la conclusión de pleno derecho de la relación laboral.

En tal medida, la causal bajo análisis está referida entonces a la existencia de una deficiencia física, intelectual, mental o sensorial que sea parcial y permanente.

4. La causa de la ineptitud sobrevinida debe ser imputable al trabajador, pero sin que medie intencionalidad de su parte

La afectación del trabajador en el rendimiento de sus funciones debe ser provocada por una deficiencia que sea imputable a su estado físico-mental, pero que se produzca sin intencionalidad de su parte, es decir, no debe mediar voluntad de parte del trabajador en reducir su desempeño laboral.

En efecto, de mediar una disminución deliberada en el rendimiento del trabajador, nos encontraríamos frente a una falta disciplinaria que puede

dar lugar al despido del trabajador, prevista en el literal b) del artículo 25 de la LPCL, pues al ser el trabajador un agente activo en la disminución de su rendimiento, quebranta la buena fe que debe existir en la relación laboral, no pudiéndose tolerar este actuar dañino al interior del centro de trabajo.

5. El empleador debe haber realizado previamente ajustes razonables en el puesto de trabajo del trabajador que padece la deficiencia sobreviniente

El artículo 23-a) de la LPCL exige también que el trabajador haya realizado ajustes razonables en el puesto del trabajador que adolece de la ineptitud sobrevinida, antes de determinar si no se encuentra apto para continuar desarrollando sus funciones en la misma posición.

Recuérdese que este requisito para la terminación por causa justa de la relación laboral por ineptitud sobrevinida fue incorporado por la Ley General de la Persona con Discapacidad, aprobada mediante Ley N° 29973, ley cuyo artículo 50 estableció el derecho de las personas con discapacidad a “ajustes razonables en el lugar de trabajo. Estas medidas comprenden la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, así como la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades del trabajador con discapacidad”.

Se establece la posibilidad de que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (Mintra) asesore y oriente a los empleadores en los criterios para la ejecución de los ajustes razonables para las personas con discapacidad. Asimismo, se señala que los empleadores están obligados realizar los ajustes razonables, salvo si ello constituye una carga económica excesiva, según los criterios que fije el Mintra.

Al mismo tiempo esta obligación sigue la misma línea de lo regulado por el artículo 64 de la Ley de SST, que exige al empleador garantizar la protección de los trabajadores en situación de discapacidad, cuyas especiales características deben ser consideradas en las evaluaciones de riesgos y en la adopción de medidas preventivas y de protección.

6. Pese a los ajustes razonables realizados por el empleador, la deficiencia física, intelectual, mental o sensorial debe impedir el desempeño del trabajador

a) Obligación de realizar ajustes razonables al puesto de trabajo para permitir el desarrollo laboral del trabajador que adolece de la deficiencia

La obligación de realizar ajustes razonables al puesto de trabajo viene dada por la Ley General de la Persona con Discapacidad,

como parte de su finalidad de procurar el acceso de la persona con discapacidad a un puesto de trabajo y mantenerse en él. Así, el artículo 50 de la Ley otorga a las personas con discapacidad el derecho a ajustes razonables en el lugar de trabajo, que incluye, entre otros, la adaptación de las herramientas de trabajo, reorganización del trabajo y horarios.

El empleador queda eximido de esta obligación si se demuestra que la aplicación de estas medidas implican una carga económica excesiva, según los criterios que al efecto fije el Mintra. Como veremos más adelante, el matiz bajo la normativa de Seguridad y Salud en el Trabajo será distinta en este caso, ya que al referirse al trabajador afectado por un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, no se prevé la posibilidad de su cese, sino más bien se prescribirá su transferencia a otro puesto de trabajo que implique un menor riesgo para su seguridad y salud⁽⁵⁾.

Consideramos que reglamentariamente debiera darse mayores pautas a lo que se entiende por ajustes razonables, pues será muy complejo que la Autoridad de Trabajo pueda establecer criterios aplicables para los distintos casos que pudieran suscitarse en el día a día de las actividades laborales, que involucren la realización de ajustes en el centro de trabajo. Además, no solo importará en gran medida la participación de diversos especialistas sino también de aquellos profesionales que puedan determinar de manera equitativa hasta qué punto resulta a una empresa técnica y económicamente viable la operatividad de tales ajustes.

La fiscalización de las eventuales medidas que pudiera tomar el empleador también deberá ser llevada a cabo por inspectores con capacitación en esta materia, con conocimiento del procedimiento productivo o industrial del empleador, de sus principales maquinarias y equipos, de las discapacidades, entre otros. Este mismo conocimiento lo debieran tener también los miembros del Poder Judicial que en algún momento tuvieran que hacer frente a conflictos derivados de supuestos ceses o movilidad de personal basados en la causal bajo análisis.

(5) Artículo 76.- Adecuación del trabajador al puesto de trabajo. Los trabajadores tienen derecho a ser transferidos en caso de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional a otro puesto que implique menos riesgo para su seguridad y salud, sin menoscabo de sus derechos remunerativos y de categoría.

b) La deficiencia debe estar directamente relacionada con el desempeño del trabajador

Dado que la justificación de la causal de despido bajo análisis es que el trabajador ya no pueda desarrollar sus actividades habituales en el centro de trabajo, es requisito indispensable entonces que la deficiencia que padezca en efecto no le permita desempeñarse en su puesto de trabajo. Es decir, la deficiencia debe estar directamente relacionada con su aptitud para ejecutar sus labores, a pesar de los ajustes realizados por el empleador.

Debe tenerse en cuenta la importancia que reviste la deficiencia física del trabajador a efectos laborales más que la discapacidad en sí. Es decir, lo que es de relevancia en este caso es la ausencia parcial o total de las aptitudes para desempeñarse en un determinado puesto de trabajo, más que la discapacidad en sí. Esta línea es la que declara la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, la OIT) al momento de definir la invalidez, término con el cual esta organización se refiere a lo que conocemos comúnmente como discapacidad.

Tal como señala Lengua, “el aspecto de la discapacidad que busca proteger la OIT es aquella que limita la perspectiva profesional de la persona en las tres fases mencionadas: en la oportunidad de acceder a un empleo, en la de conservación del empleo y en la oportunidad de progresar en un empleo”⁽⁶⁾. Es decir, dado que es parte de la naturaleza humana integrarse a la comunidad y siendo una forma de dicha inclusión la posibilidad de contar con un trabajo, la medición de la discapacidad de un individuo en función de sus aptitudes para desempeñarse adecuadamente en un entorno laboral resulta totalmente ajustada a la realidad.

En tal sentido, resulta justificada la exigencia de relacionar de manera directa a la deficiencia física del trabajador con su desempeño laboral.

c) Determinación de la deficiencia del trabajador

De otro lado, tenemos que, de acuerdo a la normativa general vigente la aptitud para el trabajador deberá ser determinada por

(6) LENGUA APOLAYA, César. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. “La reubicación del trabajador por accidente de trabajo y enfermedad profesional: naturaleza jurídica, su impacto sobre las facultades empresariales de extinción del contrato de trabajo y alcances sobre la exigibilidad del Derecho”. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013, p. 71.

EsSalud, el Ministerio de Salud o una Junta del Colegio Médico, a solicitud del empleador. El informe médico que cualquiera de estas entidades emita deberá, asimismo, indicar la aptitud o no del trabajador para el desempeño de sus actividades habituales.

Existe otro factor que debe ser tomado en cuenta al momento de tratar con estos informes médicos, la cual está referida a las exigencias impuestas por la Ley de Protección de Datos Personales, aprobada mediante Ley N° 29733, que establece la información relacionada con la salud de una persona como un dato personal de carácter sensible, es decir, que reviste de una protección especial, por lo que tienen el carácter de confidencial. Ello significa, a nuestro entender, que el reporte médico al que deberá tener acceso el empleador en este caso es uno que concluya sobre la aptitud o no del trabajador para desempeñar el puesto de trabajo correspondiente, por cuanto consideramos que con ello se cumpliría con la finalidad de la norma de contar con un reporte médico que determine la relación de la deficiencia del trabajador con su desempeño laboral. Adicionalmente, el médico ocupacional debiera prescribir también las medidas necesarias para que el trabajador pueda desarrollarse integralmente en el centro de trabajo, de ser necesario en función de dicha evaluación.

Este pensamiento va de la mano con lo establecido en la Ley de SST, en el sentido que los resultados de los exámenes médicos que al amparo de este régimen normativo se someta al personal son confidenciales, por lo que el único facultado para tener acceso a ellos es el propio trabajador, además del médico del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, informándose al empleador solo sobre las condiciones generales del estado de salud del personal⁽⁷⁾.

En consecuencia, el informe médico deberá necesariamente indicar si la deficiencia que padece el trabajador (sin entrar en detalle), es determinante o no para el ejercicio de sus funciones.

(7) Artículo 102 del Reglamento de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2012-TR. “De acuerdo a lo previsto en el artículo 71 de la Ley, los resultados de los exámenes médicos deben ser informados al trabajador únicamente por el médico del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, quien le hará entrega del informe escrito debidamente firmado. Al tratarse de una información de carácter confidencial, el médico informa al empleador las condiciones generales del estado de salud de los trabajadores, con el objetivo de diseñar medidas de prevención adecuadas”.

7. No existe otro puesto de trabajo vacante a donde transferir al trabajador

Otro de los requisitos exigidos por el literal a) del artículo 23 de la LPCL es procurar, antes de tomar la medida extrema de separar al trabajador afectado por la ineptitud sobrevenida, disponer su transferencia, siempre que exista un puesto vacante para ello.

El derecho de transferencia del trabajador parte del principio que debe promoverse que toda persona que adolezca del algún tipo de discapacidad se mantenga integrado a la sociedad, lo cual se manifiesta laboralmente imponiendo garantías para su acceso al trabajo, su promoción y su mantenimiento en él. En efecto, la Recomendación 99 de la OIT, formula, como medida para aumentar las oportunidades de empleo de los trabajadores con discapacidad, el que las autoridades gubernamentales estimulen la transferencia de los trabajadores que adolezcan de una disminución en sus capacidades⁽⁸⁾.

Posteriormente, el Convenio N° 159 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), ratificado por el Estado peruano el 19 de junio de 1986, confirma, como parte de la readaptación profesional de los trabajadores “inválidos”⁽⁹⁾, la conservación de un empleo adecuado y el progreso en el mismo, con la finalidad, reiteramos, de integrar a la persona discapacitada en la sociedad.

Ello va de la mano también con la Ley General de la Persona con Discapacidad –que introdujo justamente la modificación al artículo 23 de la LPCL–, cuyo propósito es la promoción, entre otros, de la “inclusión plena y efectiva [de la persona discapacitada] en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica (artículo 1)”

Ahora bien, el derecho de un trabajador con una deficiencia física para ser transferido a otro puesto de trabajo tiene una limitación, que viene dada por la existencia o no de un puesto vacante para ello. Es decir, el derecho de transferencia solo se activa siempre que, de no adaptarse el trabajador con una deficiencia en un puesto de trabajo al que previamente se le aplicaron

(8) Recomendación 099 sobre Adaptación y Readaptación Profesionales de los Inválidos, adoptada el 22 de junio de 1955. VII. Medidas para aumentar las oportunidades de empleo de los inválidos. 30. (d) Medios para estimular a los empleadores a trasladar a los trabajadores cuya capacidad de trabajo haya cambiado por haber disminuido su capacidad física a empleos adecuados dentro de su empresa.

(9) En el marco de la normativa de la OIT, se denomina persona “inválida” a aquella “cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida”.

los ajustes necesarios, exista otro puesto de trabajo en el cual la persona pueda desempeñarse de manera adecuada.

Este presupuesto implica pues dos elementos:

- i) que exista un puesto de trabajo donde el trabajador afectado por la deficiencia pudiera desempeñarse de manera adecuada; y,
- ii) que dicho puesto de trabajo se encuentre vacante, pues lo que tampoco se pretende es afectar el empleo de otros trabajadores –que pudieran ser discapacitados o no– para reubicar al trabajador con discapacidad.

No obstante ello, a la luz de las corrientes jurisprudenciales existente en nuestro sistema jurídico, es muy importante que el empleador se encuentre en plena capacidad de demostrar que agotó todos los escenarios posibles y que, pese a ello, no pudo concretar la transferencia del trabajador. De lo contrario, si el empleador no es íntegramente tajante en esta demostración, se entenderá que infundado el cese que pudo haber llevado a cabo basado en la ineptitud sobrevenida de un trabajador.

IV. INEPTITUD SOBREVENIDA ORIGINADA POR UN ACCIDENTE DE TRABAJO O ENFERMEDAD OCUPACIONAL EN EL MARCO LEGAL DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

1. Artículo 76 de la Ley N° 29783

En el marco de la legislación en materia de SST la consecuencia primaria ante un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional que incapacite al trabajador para desempeñarse en su posición habitual, es la reubicación del trabajador. Veamos.

El artículo 76 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo dispone que “los trabajadores tienen derecho a ser transferidos en caso de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional a otro puesto que implique menos riesgo para su seguridad y salud, sin menoscabo de sus derechos remunerativos y de su categoría, salvo en el caso de invalidez absoluta permanente”. A tal efecto, previo al traslado “el empleador debe asegurarse que el trabajador cuenta con información y competencias suficientes para desarrollar de

manera segura y sana su labor, en caso contrario, deberá proceder a la capacitación respectiva previo al inicio de las labores”⁽¹⁰⁾.

Si bien es cierto la norma citada no lo señala expresamente, entendemos que aquella parte de los presupuestos siguientes:

- Un trabajador ha sufrido un accidente de trabajo o sufre de una enfermedad ocupacional;
- El accidente de trabajo o la enfermedad ocupacional le han ocasionado una discapacidad;
- Esta discapacidad no es absoluta ni permanente;
- El empleador ha realizado los ajustes razonables en el puesto de trabajo; y,
- La discapacidad le impide al trabajador desarrollarse adecuadamente en su puesto de trabajo habitual –pese a los ajustes efectuados–, generando, por lo tanto, un riesgo para su seguridad y salud.

En consecuencia, estamos también frente a un supuesto de ineptitud sobrevenida, similar al regulado por el artículo 23 de la LPCL. Sin embargo, las consecuencias en esta situación son diferentes.

Efectivamente, mientras que el artículo 23 la ineptitud sobrevenida por causa distinta a accidente de trabajo o enfermedad ocupacional podría constituir una causa justa de despido, bajo la Ley de SST esta ineptitud impone al empleador la obligación de transferir al trabajador a otro puesto de trabajo que sea menos riesgoso y previa la capacitación correspondiente.

De esta manera, tal cual se encuentra regulada esta materia en la actualidad, la ineptitud sobrevenida por accidente de trabajo o enfermedad ocupacional no supondrá en ningún modo el cese del trabajador, sino su transferencia a otro puesto de trabajo.

2. Efecto legal de una ineptitud sobrevenida producida por un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional: transferencia a otro puesto de trabajo

En primer lugar, debemos prestar especial atención a la denominación que se otorga al artículo 76: “Adecuación del trabajador al puesto de

(10) Artículo 108 del Decreto Supremo N° 005-2012-TR, Reglamento de la Ley de SST.

trabajo”. No se trata, como vimos en el caso de la ineptitud sobrevenida por un motivo distinto al accidente de trabajo y la enfermedad ocupacional, de la adaptación del puesto de trabajo a la nueva situación del trabajador; sino al revés, la adecuación del trabajador al puesto de trabajo.

No obstante ello, consideramos que se mantiene la obligación del empleador de realizar cambios en el puesto de trabajo para que el trabajador que adolezca de alguna discapacidad pueda desempeñarse nuevamente en su posición habitual. En efecto, en este caso deben aplicarse simultáneamente también el artículo 50 de la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad –que dispone la realización de ajustes razonables en el puesto de trabajo de la persona con discapacidad– y el artículo 64 de la Ley de SST que obliga al empleador a brindar una protección especial a los trabajadores en situación de discapacidad, lo cual debe ser tomado en cuenta en las evaluaciones de riesgos, para la aplicación de medidas preventivas y de protección necesarias.

De esta manera, ante la situación de un trabajador que haya sufrido un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional que le cause una ineptitud para desempeñarse en su puesto de trabajo, el empleador se encuentra en la obligación de realizar los ajustes necesarios y razonables en el puesto de trabajo para equilibrar la situación del trabajador.

Se entiende que, si aun realizado los cambios el trabajador no puede desenvolverse adecuadamente, de conformidad con el artículo 76 de la Ley de SST, se dispone directamente la transferencia del trabajador a otro puesto de trabajo, asumiéndose entonces en este caso que es el empleador quien tiene que ubicar un puesto de trabajo acorde con la nueva situación del trabajador.

La legislación específica en materia de SST no contempla, pues, la posibilidad de cesar al trabajador con una ineptitud sobrevenida con motivo de un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional, sino solo la transferencia a otro puesto de trabajo.

Sin embargo, ¿qué sucedería si el empleador no cuenta con otro puesto de trabajo donde poder reubicar al trabajador? Lamentablemente la norma no se pone en tal supuesto y, salvo que sea demostrable que su aplicación es de imposible cumplimiento, el empleador debe procurar a toda costa acatarla. Es más, recuérdese que el artículo 69⁽¹¹⁾ del derogado Reglamento

(11) Artículo 69.- Los trabajadores tienen derecho a ser transferidos en caso de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional a otro puesto que implique menos riesgo para su seguridad y salud, siempre y cuando este exista, debiendo ser capacitados para ello. [subrayado agregado].

de SST, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2005-TR, otorgaba también el derecho de transferencia a los trabajadores que adolecían de una discapacidad originada por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional. Sin embargo el derecho de transferencia estaba condicionado a la existencia de otro puesto de trabajo en el que el trabajador pudiera desarrollarse.

En tal sentido, habiéndose derogado expresamente esa posibilidad, se manifiesta la voluntad del legislador en el sentido de que el derecho de transferencia debiera materializarse siempre, aun cuando no exista un puesto de trabajo vacante en el empleador al momento de detectarse la contingencia.

Por lo tanto, en caso de ineptitud sobrevinida por accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, lo que corresponde es realizar los ajustes razonables al puesto de trabajo del personal afectado y, de continuar con la ineptitud para dicha posición, transferirlo a otro puesto de trabajo idóneo.

3. El tratamiento de la invalidez parcial permanente según las Normas Técnicas del SCTR

Como mencionamos al inicio del presente trabajo, el artículo 18.2.4 de las Normas Técnicas del SCTR, aprobadas mediante Decreto Supremo N° 003-98-SA, prescribe que, en caso de invalidez parcial permanente inferior al 50 % pero igual o superior al 20 %, el empleador se encuentra prohibido de prescindir de los servicios del trabajador basado en su condición de invalidez.

Al respecto, consideramos que por el principio de jerarquía normativa, se deberá preferir lo establecido en las normas de rango legal, por lo que en el supuesto de invalidez parcial permanente deberá tenerse en cuenta el análisis efectuado para el caso de la ineptitud sobrevinida por accidente de trabajo o enfermedad ocupacional.

V. CONCLUSIONES

- i) La ineptitud sobrevinida como causa de extinción de la relación laboral es objeto de diversas regulaciones, las cuales se

aplicarán en función del origen de la ineptitud, básicamente si se produjo o no a raíz de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional.

- ii) En el caso de un despido por justa causa por una ineptitud no originada en un accidente de trabajo o de una enfermedad ocupacional, debe seguirse lo establecido en el artículo 23-a) de la LPCL, el cual faculta el despido del trabajador siempre que el empleador demuestre que:
- La ineptitud fue sobrevenida;
 - No obstante que realizó ajustes razonables en el centro de trabajo, persistió la ineptitud del trabajador para el desempeño en dicha posición;
 - No existió otro puesto de trabajo vacante a donde reubicar al trabajador.
- iii) En el caso de un trabajador que haya devenido en incapaz para desarrollarse habitualmente en su puesto de trabajo a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, debe ser de aplicación el artículo 76 de la Ley de SST, el cual no prevé el cese en este tipo de situaciones, sino más bien hace énfasis en la reubicación del trabajador en otra posición dentro del empleador.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido individual por causa justa*. 2ª ed., ARA Editores, Lima, 2006.

CASTRO OTERO, Jorge Ignacio. “La ineptitud sobrevenida como causa justa de despido y su relación con la invalidez parcial permanente”. En: *Laborem*. N° 8, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2008.

LENGUA APOLAYA, César. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. “La reubicación del trabajador por accidente de trabajo y enfermedad profesional: naturaleza jurídica, su impacto sobre las facultades empresariales de extinción del contrato de trabajo y alcances sobre la exigibilidad del Derecho”. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013.

MOLERO MANGLANO, Carlos (Dir.). *Estructura del contrato de trabajo*. (Un estudio sobre su configuración, elementos, contenido y extinción). Editorial Dykinson, Madrid, 1997.

CONTROVERSIAS DEL SCTR EN LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL DEL CECONAR: 15 AÑOS APORTANDO A LA DEFINICIÓN DE UNA INSTITUCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

*“Pues los dioses conocen lo
que ha de ocurrir, los hombres
lo ocurrido, lo sabios lo que se
aproxima”*

Filóstrato

Eduardo Hurtado Arrieta⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

La finalidad del presente artículo es la de realizar una selección y comentario de la jurisprudencia arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia Nacional de Salud (en adelante mencionado solo por sus siglas como Ceconar) que permita, dentro de los márgenes de espacio propios de este tipo de publicación, presentar un panorama lo más representativo posible de las controversias que se han sometido a arbitraje sobre temas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (en adelante, SCTR).

(1) Magíster en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social por la Universidad de Alcalá, España. Profesor de la Escuela de Postgrado de la UPC. Secretario General del Ceconar (2000-2014).

El panorama que se intentará construir se focalizará a sistematizar –en base en las controversias más recurridas en estos 15 años de actuación del Ceconar en el SCTR– algunos de los temas más relevantes que permitan reflejar un aspecto del desarrollo de este Régimen de la Seguridad Social, sus problemas y los paulatinos ajustes que a través de criterios jurisprudenciales coincidentes, fueron perfilando, y considero, aportando, a un desarrollo más consistente y sostenible de esta importante herramienta de la Seguridad Social puesta al servicio de mitigar los estragos generados por los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en el ámbito laboral. La selección responde, pues también, como se ha dicho, a criterios temáticos considerados críticos más allá de su recurrencia, y es así que la formulación de este artículo se desarrollará a partir de la presentación de estos temas en un orden que tratará conjugar, asimismo, su naturaleza, un desarrollo temático lógico y hasta donde es posible, cierto orden temporal en la sucesión de la jurisprudencia seleccionada.

No considero eficiente para los fines expuestos, ocupar mucho espacio en una presentación del Régimen del SCTR y sus características (existe ya material descriptivo y crítico sobre el particular) pero sí quizás resaltar que el SCTR es un producto de su época, una en la que se intentaba nuevamente reformar la Seguridad Social y en donde el énfasis a la participación del Sector Privado era presentado como alternativa de mayores y mejores servicios en este campo. Esto se refleja en la estructura que se le fue dando al Régimen de SCTR, con un abanico de prestadores con los cuales contratar, y con instrumentos de aseguramiento que se acercaban más a los utilizados en el ámbito privado, pero claro, sin poder abandonar nunca la esencia social de lo que constituye un seguro de este tipo.

Otro de los elementos innovadores que se introduce de manera puntual en la norma que regula a detalle los aspectos de este nuevo régimen de fines de los noventa (aprobada en el año 1998 a través del D.S. N° 003-98-SA), fue la inclusión de mecanismos alternativos de conciliación y arbitraje para la solución de controversias del SCTR. La función de administrar estos procesos alternativos como saben o pueden adelantar, se encargó a una naciente entidad también: el Ceconar, cuyo ámbito de competencia en ese momento se restringía solo al campo de las controversias de las Entidades Prestadoras de Servicios de Salud o EPS.

El Ceconar, constituido en el año 2000, si bien adscrito al Sector Público, se organiza como cualquier Centro de Conciliación o Centro Arbitral con la finalidad de brindar el servicio de administración de procesos

conciliatorios y arbitrales, en los que actúa como secretaría de apoyo, pero en donde la conducción de los procesos está encargada a un tercero independiente (miembro de los Registros de Árbitros o Conciliadores del Ceconar) el mismo que además es designado en un proceso consensuado por las partes. Más allá de esto y quizás lo más importante, es que la nota distintiva del Ceconar, es la de tener como cometido que estos servicios guarden un estándar de especialización requerido y sobre todo, sean lo suficientemente económicos de manera que permitan el acceso de cualquier parte que desee presentar una controversia en el Centro.

Hacia principios del año 2001, la participación del Ceconar empezó a ser requerida principalmente por trabajadores del sector minero que solicitaban el otorgamiento de pensiones por invalidez como parte de las prestaciones económicas que se les había contratado a través de una póliza de SCTR ya sea con compañías de seguros privadas como con la ONP (en adelante denominadas en conjunto como las “aseguradoras”) y por alguna razón les eran denegadas por estas aseguradoras. Se trataba en su mayoría de trabajadores cuya invalidez ocupacional provenía de enfermedades profesionales que alegaban sufrir. Este contexto se atribuía a no pocas imprecisiones normativas particularmente en el campo de enfermedades profesionales, la falta de instrumentos y entidades necesarias para el funcionamiento del régimen, así como a una introducción de las aseguradoras en este campo de aseguramiento sin el suficiente registro de información del riesgo asumido, lo cual generó una situación crítica donde el otorgamiento de muchos beneficios económicos de este régimen se vio amenazada.

Los mecanismos conciliatorios del Ceconar mostraron en este inicio, tremenda eficacia en el restablecimiento de la tramitación –en muchos casos paralizada– del procedimiento regular de otorgamiento de prestaciones económicas del SCTR a este sector; una vez restablecido paulatinamente dicho procedimiento de manera regular, la vía arbitral empezó a cobrar mayor fuerza a fin de solucionar las controversias vinculadas principalmente con el otorgamiento de prestaciones económicas por enfermedad profesional de los trabajadores del SCTR (siempre con mayor incidencia en aquellos provenientes del sector minero).

El Ceconar ha manejado al 2013 más de 4,000 procesos⁽²⁾, lo cual la convierte en una de las instituciones arbitrales que mayor volumen de casos

(2) Superintendencia Nacional de Salud - Susalud. “Memoria Institucional 2013” (Lima).

maneja junto con la Cámara de Comercio de Lima. Solo en el último año (2013) se registra que del volumen total casos, el 85 % se encontraba referido a controversias del SCTR⁽³⁾, lo que muestra la importancia de la presencia de este tipo de controversias en el accionar del Ceconar. Cabe resaltar, asimismo, que la iniciativa e impulso para el sometimiento a arbitraje de estas controversias corresponde casi en su totalidad a los propios trabajadores o ex trabajadores siendo que el costo promedio del arbitraje que para estos casos se ha venido manejando es de aproximadamente S/. 250.00 por parte. Finalmente, cabe mencionar que el Ceconar ha pasado por el tamiz del análisis de arbitrabilidad de las controversias que le son sometidas siendo que el propio Tribunal Constitucional ha confirmado su papel en la solución de las mismas en el ámbito del SCTR⁽⁴⁾.

Hasta aquí un recuento breve de la historia, contexto y ciertos datos de lo ocurrido con el Ceconar y el SCTR; a continuación, se abordará en el acápite siguiente, el análisis en sí de la jurisprudencia arbitral del Ceconar seleccionada para el presente artículo.

II. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

En el presente segmento se abordará el análisis de algunos aspectos críticos del SCTR formulados en función de ciertos hitos en la jurisprudencia del Ceconar en esta materia, jurisprudencia que como se ha dicho antes, guarda la característica común de que por su regularidad y coincidencia aportaron también a establecer ciertos criterios y hasta indirectamente suplir ciertos vacíos o imprecisiones del Régimen.

Para tal cometido, se ha optado por organizar esta jurisprudencia en dos grandes grupos: aquella que gira alrededor de una controversia donde se pronuncia sobre argumentos de forma (o formalidad incumplida) y aquella que se pronuncia sobre aspectos de fondo de la controversia en cuestión. No es casualidad la adopción de esta sistematización, pues es práctica común en la sustentación y defensa jurídica incorporar y discutir ambos tipos de argumentos, presentándolos regularmente de esta manera y conjuntamente para un ejercicio legal más contundente.

(3) Ob. cit.

(4) Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente N° 00061-2008-PA/TC.

En ese sentido, consideramos que tal clasificación será de especial utilidad al momento de evaluar si un caso de otorgamiento de beneficios derivados del SCTR cumple con suficientes argumentos de procedencia formal y fundamentación de fondo, tanto en una instancia previa como en el momento mismo de su requerimiento, sea este último en vía de trato directo o bien ya en una instancia de controversia.

Asimismo, los grupos temáticos organizados alrededor de un criterio jurisprudencial, se irán desarrollando uno después del otro para ir presentando en un orden lógico y en algunos casos cronológico, los presupuestos fundamentales del SCTR resaltados en la jurisprudencia, los que se estima servirán más allá del caso concreto o supuesto tipo, para establecer conceptos básicos de análisis del Régimen del SCTR y esperamos una reflexión más allá de la meramente pragmática.

Cabe resaltar, que los criterios jurisprudenciales seleccionados para el presente artículo referidos a argumentos y controversias recurrentes en el Ceconar en el ámbito del SCTR, han venido guardando uniformidad de respuesta a lo largo de la historia de resolución de cada tipo de conflicto citado, no pudiéndose identificar a la fecha laudos en el Ceconar que hayan disentido de estas líneas de interpretación; asimismo, se podrá apreciar que en aquellos temas que luego fueron objeto de precisión por parte del Tribunal Constitucional a través de sus precedentes vinculantes, ha existido total coincidencia con el sentido luego establecido por dicho Tribunal; finalmente, se debe precisar que en el proceso de cita de la jurisprudencia del Ceconar, por tratarse de laudos arbitrales y, además, de temas de salud, se ha tenido que realizar de tal manera que pueda mantenerse el deber de la confidencialidad exigido por ley.

1. Jurisprudencia vinculada a aspectos de forma

1.1. Exigencia de mantener el estatus de asegurado (trabajador) al momento de alegar una configuración de invalidez ocupacional a fin de solicitar beneficios del SCTR

La aseguradora niega el otorgamiento de la prestación económica por invalidez ocupacional, sustentando que los sujetos de cobertura del SCTR son los afiliados regulares del Seguro Social de Salud, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley N° 26790 - Ley de Modernización de Seguridad

Social⁽⁵⁾ y el artículo 82 correspondiente al Reglamento de esta Ley⁽⁶⁾. Que en ese sentido, tratándose de demandantes que tienen la calidad de extrabajadores, no se cumple el supuesto de identidad subjetiva, pues se estaría pretendiendo el otorgamiento de un beneficio del SCTR sobre la base de una supuesta configuración de invalidez alegada luego del cese laboral y cuando ya no se tiene la calidad de asegurado.

Sobre el particular, se puede apreciar que desde los primeros laudos que datan del año 2001 como el que se cita a continuación, se procede a deestimar esta exigencia respecto de la calidad que deben tener los demandantes de prestaciones económicas del SCTR, por cuanto se entiende que la legitimidad para obrar del solicitante merece una evaluación más profunda al estar vinculada íntimamente con un aspecto de fondo mucho más relevante que el solo descarte de un solicitante por no tener la condición de trabajador (o asegurado regular) al momento de alegar una configuración de invalidez; vale decir, si bien toma en cuenta que efectivamente el contenido de las normas citadas hacen referencia a la protección de quien laborando en una actividad considerada “de riesgo” configura una invalidez por enfermedad profesional, lo relevante de este contenido normativo aplicado a estos casos, es justamente determinar si efectivamente existió esta configuración

-
- (5) Artículo 19.- Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo
El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo otorga cobertura adicional a los afiliados regulares del Seguro Social de Salud que desempeñan las actividades de alto riesgo determinadas mediante Decreto Supremo. Es obligatorio y por cuenta de la entidad empleadora. Cubre los riesgos siguientes:
- Otorgamiento de prestaciones de salud en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, pudiendo contratarse libremente con el IPSS o con la EPS elegida conforme al artículo 15 de esta ley.
 - Otorgamiento de pensiones de invalidez temporal o permanente y de sobrevivientes y gastos de sepelio, como consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, pudiendo contratarse libremente con la ONP o con empresas de seguros debidamente acreditadas.
- El derecho a las pensiones de invalidez del seguro complementario de trabajo de riesgo se inicia una vez vencido el periodo máximo de subsidio por incapacidad temporal cubierto por el Seguro Social de Salud.
Los términos y condiciones para el funcionamiento de este seguro se establecen en el reglamento.
- (6) Artículo 82.- El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo otorga cobertura adicional por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a los afiliados regulares del Seguro Social de Salud. Es obligatorio y por cuenta de las entidades empleadoras que desarrollan las actividades de alto riesgo señaladas en el Anexo 5. Están comprendidas en esta obligación las Entidades Empleadoras constituidas bajo la modalidad de cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o cualquier otra de intermediación laboral. Comprende las siguientes coberturas:
- La cobertura de salud por trabajo de riesgo.
 - La cobertura de invalidez y sepelio por trabajo de riesgo.
- Son asegurados obligatorios del seguro complementario de trabajo de riesgo, la totalidad de los trabajadores del centro de trabajo en el cual se desarrollan las actividades previstas en el Anexo 5, así como todos los demás trabajadores de la empresa, que no perteneciendo a dicho centro de trabajo, se encuentren regularmente expuestos al riesgo de accidente de trabajo o enfermedad profesional por razón de sus funciones.

durante la vigencia de la cobertura del SCTR contratado para dichos trabajadores, independientemente de la condición que pudiesen tener estos trabajadores al momento de alegarla, sobre todo si se tenía en cuenta que se trataba en todos los casos de personas que habían estado vinculadas a una póliza de SCTR de los reclamados, y que alegaban sufrir enfermedades profesionales que tenían una innegable naturaleza especial (progresivas, degenerativas y no oportunamente diagnosticadas) frente a la existencia además de obligaciones y prerrogativas de control de la salud ocupacional de estos trabajadores.

Es así que con relación al argumento antes mencionado de la aseguradora y discutido por el asegurado, este laudo del año 2001 establece:

“No obstante esta afirmación, es necesario precisar que la neumoconiosis es una enfermedad progresiva que se divide según su avance en estadios, que el menoscabo que origina la enfermedad se expresa en porcentajes, todo lo cual fundamenta nuestra afirmación por la progresividad de la misma y que la aseguradora tuvo en su momento la oportunidad de hacer un examen médico a sus asegurados o requerir los que por ley debe hacer la empleadora”⁽⁷⁾.

En ese sentido se puede apreciar, que desde un inicio se descartó de manera uniforme una interpretación meramente formal del artículo 19 y 82 de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de Seguridad Social, procediendo más bien a identificar que tal enunciado legal lleva en estos casos ineludiblemente al tema de fondo de determinar si efectivamente se cumplía con el supuesto de hecho tutelado, que es el de verificar si se puede establecer razonablemente que el demandante configuró una determinada invalidez derivada de una enfermedad o enfermedades profesionales durante la vigencia de una póliza de SCTR (es decir, el establecimiento de un nexo de causalidad entre ambas, tema que se abordará con mayor profundidad más adelante).

1.2. Obligatoriedad de ciertos requisitos formales para la presentación de solicitudes de beneficios en el SCTR (Certificado de subsidio por incapacidad otorgado por EsSalud)

En este caso la aseguradora ya no objeta la calidad de sujeto de derecho del demandante en el ámbito del SCTR, sino que pasa a sustentar el no

(7) Laudo arbitral emitido por el Árbitro Único, Arturo Delgado Vizcarra (año 2001).

otorgamiento de la respectiva prestación económica solicitada, por cuanto el solicitante en cuestión no ha cumplido con un requisito formal en el procedimiento establecido: la presentación del certificado de inicio y fin de goce del subsidio de incapacidad temporal otorgado por EsSalud, contemplado en el artículo 25.6.1⁽⁸⁾ de las Normas Técnicas del SCTR (D.S. N° 003-98-SA) como parte del procedimiento para solicitar una prestación económica en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional cubierta por el SCTR.

La jurisprudencia en los procedimientos seguidos ante el Ceconar evidencia que sobre el particular uniformemente se desestimó dicho argumento, como se puede apreciar de este laudo de un expediente del año 2002:

“El subsidio por incapacidad temporal otorgado por EsSalud, en opinión del árbitro, es un derecho del RECLAMANTE mas no una obligación y, por lo tanto, la exigencia de la presentación del certificado con el que se acredite el goce del mismo, no puede privarlo de su derecho a reclamar la cobertura de pensión de invalidez en caso de enfermedad profesional cubierta por la póliza de SCTR”⁽⁹⁾.

Una consideración en igual sentido pero más desarrollada se puede encontrar también en este laudo correspondiente a un expediente del año 2004:

“(…) sin embargo, resulta ilógico que dicho beneficio (subsidio) se interprete como de carácter obligatorio en cuanto a su goce. Por el contrario, debe entenderse que las normas antes citadas exigen que se haya vencido el periodo de subsidio cuando el trabajador o beneficiario lo haya percibido efectivamente.

(8) 25.6.1 Presentará una solicitud en los formatos proporcionados por LA ASEGURADORA, acompañada de la siguiente documentación e información:

- a) Certificado del médico que prestó los primeros auxilios al ASEGURADO, expresando las causas del accidente y las consecuencias inmediatas producidas en la salud del paciente.
- b) Certificado del médico tratante, con indicación de la fecha de inicio y naturaleza del tratamiento recibido, así como la fecha y condiciones del alta o baja del paciente.
- c) Certificado de inicio y fin del goce del subsidio de incapacidad temporal otorgado por el Seguro Social de Salud.
- d) Declaración Jurada de “LA ENTIDAD EMPLEADORA” y de anteriores empleadores de “EL ASEGURADO”, de ser el caso, en la(s) que se acredite(n) las 12 últimas remuneraciones, percibidas por “EL ASEGURADO” hasta la fecha de inicio de las prestaciones de invalidez, INCLUYENDO LOS SUBSIDIOS POR INCAPACIDAD TEMPORAL QUE HUBIERE PERCIBIDO A CARGO DEL IPSS. En caso que “EL ASEGURADO” hubiere contado con una vida laboral activa menor a 12 meses, acreditará la “Remuneración Mensual” por el número de meses laborados, en función de los cuales se calculará su pensión.

(9) Laudo arbitral emitido por el Árbitro Único, Carlos Ruska Maguñá (año, 2002).

De conformidad con el artículo 15 del Reglamento de la Ley N° 26790, el subsidio por incapacidad temporal se otorga con el objeto de resarcir las pérdidas económicas de los afiliados regulares en actividad, derivadas de la incapacidad para el trabajo ocasionada por el deterioro de su salud. Asimismo, señala ese mismo artículo que el subsidio se otorgará mientras dure la incapacidad del trabajador y en **tanto no realice trabajo remunerado**⁽¹⁰⁾.

De esta manera, en función de los criterios jurisprudenciales del Ceconar, se consideró –como expresan los laudos antes citados– que el requisito establecido en el artículo 25.6.1 de las Normas Técnicas del SCTR (D.S. N° 003-98-SA), solo se entiende de aplicación (y por lo tanto obligatorio) en un contexto o situación de hecho donde haya sido posible su aplicación por tratarse de un derecho del trabajador.

La jurisprudencia interpreta que el requisito contemplado en el citado artículo se aplica a los casos en que el trabajador ha dejado de laborar de manera efectiva a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, supuesto en el cual recibe el respectivo subsidio a cargo de EsSalud, lapso en el que además, no debe recibir por lo tanto ninguna pensión por SCTR hasta el agotamiento del subsidio; es así, que esta pasaría a ser la única situación donde sería razonable la exigencia de presentación de un certificado de subsidio. Este requisito no podría extenderse a otros supuestos como aquellos referidos a ciertas enfermedades profesionales (por ejemplo, hipoacusia o neumoconiosis, normalmente recurridas en procesos ante el Ceconar), que produciendo invalidez ocupacional, usualmente en sus inicios no generan descanso médico, ni por lo tanto, derecho a subsidio por parte de EsSalud, o bien a casos en que nunca se generó dicho derecho porque las enfermedades profesionales no fueron diagnosticadas o notificadas a tiempo por la razón que hubiese sido. Finalmente, como dicen los laudos en cuestión, el goce del subsidio es un derecho no una obligación que impida el goce del derecho del trabajador a gozar de un beneficio contemplado en la Seguridad Social.

(10) Laudo arbitral emitido por el Árbitro Único, Derik Latorre Boza (año 2004).

1.3. Agotamiento de la vía administrativa previa

Conviene recordar en este acápite, que los artículos 25.6.2⁽¹¹⁾, 25.6.3⁽¹²⁾ y 25.6.4⁽¹³⁾ de la Normas Técnicas del SCTR (D.S. N° 003-98-SA) establecen el procedimiento y las instancias de tramitación para el otorgamiento de las prestaciones económicas que otorga este Régimen, contemplando un primer nivel de solicitud directa ante el mismo asegurador, y luego un segundo nivel, en caso surgiese alguna controversia, ante el Ceconar; solo en caso la controversia tuviese como contenido la discusión del grado de invalidez (supuesto bastante común) de manera previa al sometimiento ante el Ceconar, el solicitante deberá pedir a la aseguradora el pronunciamiento administrativo del Instituto Nacional de Rehabilitación (INR) que tiene, además, el carácter de instancia única administrativa.

Dentro de esta sucesión de niveles de tramitación e instancias de distinta naturaleza, resulta esperable que las partes puedan cometer errores o bien intencional y unilateralmente obviar indebidamente algún paso previo a otro, lo que ha motivado defensas y recursos dentro de los procesos arbitrales, los cuales en líneas generales se han plasmado en laudos que respetan un seguimiento estricto de la legalidad y formalidad expresada en las normas de procedimiento establecidas para el SCTR.

Existen no obstante, algunas excepciones que se han contemplado ante un aparente “salto” de instancias previas de tramitación, sea la de la aseguradora o bien del INR, como es el caso de la situación considerada en este laudo del año 2006, en que a un asegurado le es denegada un prestación de accidente de trabajo por SCTR por cuanto la aseguradora en cuestión considera que es un accidente común, respondiéndole formalmente en tal sentido; cuando el asegurado demanda ante el Ceconar la cobertura de este accidente, la aseguradora indica que previamente debió haber seguido los trámites

(11) 25.6.2. Recibida la solicitud con la documentación completa, LA ASEGURADORA procederá directamente a la evaluación de la documentación presentada y la calificación de la condición de la invalidez del ASEGURADO, pronunciándose sobre la procedencia del reclamo en un plazo máximo de diez días calendario a contarse desde la presentación de la solicitud de pensión.

(12) 25.6.3. En caso de existir discrepancias respecto de la condición o grado de invalidez del ASEGURADO, el expediente será elevado al Instituto Nacional de Rehabilitación para su pronunciamiento en instancia única administrativa. La parte que no se encuentre conforme con la decisión del Instituto Nacional de Rehabilitación, solicitará la intervención del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, cuya resolución tendrá el carácter de cosa juzgada.

(13) 25.6.4. Si las discrepancias no versaran sobre la condición o grado de invalidez del ASEGURADO, el asunto será directamente sometido al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.

respectivos para el otorgamiento de prestaciones económicas del SCTR en sus oficinas antes de recurrir a otras instancias.

Frente a esta cuestión controvertida, ubicamos este laudo que data del año 2006, que se pronuncia en el siguiente sentido:

“Al respecto consideramos que en el presente caso el DEMANDANTE ha solicitado razonablemente el arbitraje al Centro sin haber agotado la vía previa correspondiente, incluso sin haberla iniciado, toda vez que puede deducir razonablemente que esta le será denegada debido a que ya la DEMANDADA se ha pronunciado en el sentido que el accidente sufrido por el señor (...) califica como un accidente común y no como un accidente de trabajo, de acuerdo a lo señalado en la carta de fecha 18 de octubre de 2004 que le dirigió la AFP (...); en cuyo caso tendría derecho a percibir de esta la pensión de sobrevivencia que eventualmente le corresponda. Así, en el presente caso, la exigencia del agotamiento de la vía previa supondría un mero formalismo que retrasaría la oportunidad de la DEMANDANTE de acceder a la justicia y, en dicha medida, de acceder al eventual disfrute del derecho que demanda”⁽¹⁴⁾.

Del considerando antes citado se desprende que la formalidad de instancias tiene cierto grado de porosidad como para considerar situaciones especiales, como la de este caso en que se reconoce la existencia ya de un pronunciamiento del trámite ante la aseguradora, que optó por establecer que el accidente en cuestión no tenía una naturaleza de trabajo por lo que dicha posición no se hacía consistente con una nueva tramitación y evaluación en su sede como si (contra lo manifestado) considerase que sí es un accidente de trabajo. El árbitro en el presente caso identifica un riesgo innecesario de dilación y una posible afectación de un derecho del demandante.

4. Denegatoria del otorgamiento de prestaciones económicas del SCTR por incumplimiento de un aviso oportuno del siniestro por parte del empleador.

La aseguradora en cuestión sustenta que el incumplimiento del aviso que debía formularle por escrito la empleadora en un plazo de 48 horas (u otro plazo razonable de acuerdo a las circunstancias del caso) respecto del

(14) Laudo arbitral emitido por el Árbitro Único, Orlando de las Casas de la Torre Ugarte (año 2006).

siniestro del trabajador conforme a lo establecido en los artículos 25.2⁽¹⁵⁾ y 25.3⁽¹⁶⁾ de las Normas Técnicas del SCTR (D.S. N° 003-98-SA) la exonera de responsabilidad respecto de la cobertura de las prestaciones económicas que se hubiesen podido generar derivadas del siniestro en cuestión.

En este primer caso reseñado a continuación, se puede observar que dicho argumento fue utilizado en un supuesto discutido de otorgamiento de beneficios de sepelio del SCTR, siendo que el pronunciamiento arbitral en su momento se limitó a precisar el ámbito de aplicación de este aviso del empleador, que si bien se encuentra inserto dentro del texto general del artículo 25 de las Normas Técnicas, referido a la atención de siniestros tanto de invalidez como de sepelio, solo dispone la obligatoriedad del aviso para el caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (no para sepelio):

“La omisión en las comunicaciones a la aseguradora a las que se refieren los numerales 2 y 3 del artículo 25 del Decreto Supremo, no pueden ser entendidas como condiciones para la configuración del derecho a las prestaciones económicas dentro del marco del SCTR; estas responden al derecho de las aseguradoras de contar con información que le permita, entre otras cosas, tener certeza sobre la ocurrencia y oportunidad de un accidente de trabajo o de la configuración de una enfermedad profesional sufrida por un asegurado; por lo tanto no afectan el derecho de la DEMANDADA de percibir las prestaciones económicas que correspondan con ocasión del fallecimiento de su esposo causado por el padecimiento de una enfermedad profesional”⁽¹⁷⁾.

En otros casos no obstante, sí se utilizó dicho argumento para supuestos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, por lo que ahí los respectivos laudos arbitrales sí se pronunciaron sobre la procedencia

(15) 25.2 LA ENTIDAD EMPLEADORA comunicará por escrito a LA ASEGURADORA, dentro del plazo de 48 horas, o en un término mayor que sea razonable atendiendo a las circunstancias, la ocurrencia de todo accidente de trabajo, dé o no lugar a una reclamación bajo la cobertura de Invalidez y Sepelio por trabajo de riesgo, el cual contendrá necesariamente información sobre la fecha y hora del accidente; el nombre, apellidos, edad, domicilio y labor desempeñada por el ASEGURADO que ha sufrido el accidente; el lugar y circunstancia en que este ocurrió, así como el nombre y domicilio de los testigos.

(16) 25.3 En caso de enfermedad profesional, “LA ENTIDAD EMPLEADORA” comunicará por escrito dentro del plazo de 48 horas, o en un término mayor que sea razonable atendiendo a las circunstancias, el diagnóstico de la enfermedad profesional o la ocurrencia que la evidencie, lo que ocurra primero.

(17) Laudo arbitral expedido por el Árbitro Único, Renato Mejía Madrid (año 2008).

o improcedencia de considerar como parte de los efectos de este incumplimiento del empleador, el no reconocimiento de prestaciones derivadas del siniestro omitido de notificación; finalmente, en todos los casos revisados se pudo verificar que se optó por no acoger la pretendida exención de responsabilidad, como se aprecia de este laudo arbitral del año 2005:

“El supuesto previsto por la norma citada, se presenta cuando la relación de trabajo aún se mantiene. Pero, como se ha señalado la configuración de la enfermedad puede haber ocurrido durante la relación laboral y haber sido diagnosticada en fecha posterior, pudiendo además ser el asegurado quien comunique dicha circunstancia a la empresa aseguradora. Sostener lo contrario significaría desproteger al asegurado frente al incumplimiento del empleador o cuando la enfermedad se diagnostica en fecha posterior a la extinción de la relación laboral a pesar de que la enfermedad se configura estando vigente la misma”⁽¹⁸⁾.

Nuevamente, se puede constatar que en pronunciamientos arbitrales como el anteriormente citado, se tiende a privilegiar la situación del derecho de un asegurado de la Seguridad Social versus la posibilidad de un frío análisis desde la sola perspectiva de un instrumento, contrato de seguro. Vale la pena destacar que en este caso el empleador no se trata de un tercero cualquiera, este es finalmente quien contrata las pólizas de SCTR y quien eventualmente podría responder ante sus trabajadores por cualquier omisión a su deber que los perjudique; no obstante ello, al momento de laudar vemos que se incluye en la ecuación de análisis del laudo, la calidad de trabajador asegurado (con visos tutelares) y de cara a la situación especial que puede estar atravesando en la presente controversia.

A la luz de este primer segmento de laudos reseñados, nos podemos ir percatando –sobre todo por tratarse de cuestiones de índole formal– que la aproximación de los árbitros del Ceconar hacia este tipo de controversias del SCTR se aleja de una visión restringida y formalista de la póliza de seguro de SCTR; muy por el contrario, la pone en contexto de sus normas conexas y las situaciones de hecho en el marco teórico de la Seguridad Social, de modo que de forma expresa o tácita se aprecia que constituye un elemento esencial a la hora de laudar, tener muy presente que no solo se trata de un mero contrato sino que en su contenido no se puede desconocer que

(18) Laudo arbitral emitido por el Árbitro Único, Juan Carlos Cortés Carcelén (año 2005).

se trata finalmente de un riesgo laboral protegido por un instrumento de la seguridad social.

2. Jurisprudencia vinculada a temas de fondo

2.1. Discusión sobre la calificación de invalidez ocupacional en el SCTR

Este uno de los problemas fundamentales, y podríamos decir casi omnipresente en cada controversia del SCTR que se ha sometido a arbitraje ante el Ceconar. Se trata de determinar con la suficiente certeza cuál es el porcentaje de menoscabo ocupacional que sufre un solicitante de prestaciones económicas del SCTR, y si bien la tarea puede sonar aparentemente simple y objetiva, es en realidad todo lo contrario, por lo que ha constituido y constituye hasta la actualidad fuente de no pocas controversias.

Solo teniendo en consideración los aspectos vinculados a la evaluación médica en sí, hay que tener muy presente que no se trata de un mero diagnóstico médico, va más allá de establecer la presencia de una enfermedad o condición de salud, siendo necesario que el profesional médico identifique además, en función de algún protocolo o tabla, el impacto que dicha condición de salud tendrá en la vida laboral de la persona en cuestión (invalidez ocupacional) –es así que hay que remarcar– que esta calificación es totalmente distinta a una calificación por invalidez general (distinción que suele pasar soslayada generando muchas confusiones, juicios y expectativas erróneas). En resumen, se requiere de un especialista que no solo tenga la experiencia necesaria en la identificación de ciertas condiciones médicas que en algunos casos podrían ser muy especializadas y cuyo diagnóstico se encuentra pauteado de manera también muy específica, sino que además este profesional de la salud deberá manejar determinados protocolos y tablas no solo en el diagnóstico sino también en la tarea de poder traducir esta condición de salud a valores que midan el menoscabo que se generará en la vida laboral de la persona sometida a evaluación. Estamos hablando no de “configuración de enfermedad” (término nunca utilizado en la legislación de la materia) sino de “configuración de invalidez”.

A esta tarea ya de por sí complicada, hay que sumarle la dificultad de no contar (aún en la actualidad) con protocolos suficientes para la calificación de enfermedades profesionales (los protocolos existentes fueron aprobados hace muy pocos años), ni suficientes especialistas, como tampoco entidades especializadas y seriamente acreditadas que permitan cubrir de manera solvente todo el espectro de calificación de las enfermedades más recurridas

(ni qué decir de aquellas otras enfermedades que suponiendo su existencia no son aún objeto de reconocimiento o reclamo).

Como se puede deducir, esta situación constituye un reto a la hora que un árbitro debe resolver responsable y técnicamente un laudo arbitral donde se discute esta materia, pues se encuentra en la mayoría de casos con un abanico de certificados médicos que hablan de la presencia o ausencia de enfermedades profesionales (en el caso de accidentes de trabajo suele ser menos caótico), incluyendo estos certificados –solo en algunos casos– las referencias requeridas del sustento del diagnóstico, la referencia a una condición de invalidez y la especificación de si esta es una invalidez ocupacional. Adicionalmente, se puede apreciar que muchos de estos certificados utilizados tanto por una parte como por otra (y que son emanados indistintamente por profesionales y entidades públicas o privadas) suelen ser contradictorios en cuanto a sus resultados (incluso en algunos casos falsificados) y como se podrá suponer, en cada caso tienen visos de favorecer a quien los presenta en el proceso.

Si bien el Ceconar aporta al proceso de solución de estas controversias también a través de la administración de un listado de especialistas médicos que pudiesen contar con las habilidades requeridas y estar a disposición de los árbitros para la elaboración de pericias de oficio, es finalmente tarea del árbitro identificar los peritos adecuados en cada caso, velando por que la tarea realizada permita la emisión de una pericia sólida que sea susceptible de constituir un eficiente elemento de valoración comparativa con las demás pericias de parte o certificados médicos presentados en el proceso y así de poder solucionar las controversias en cuestión de una manera técnica y justa.

Esta línea de actuación es la que se puede apreciar en este primer laudo citado que data del año 2002 y que da una pauta de la importancia que los árbitros dieron desde un inicio a la calidad de la prueba pericial de oficio en las controversias donde se discutía el grado de invalidez ocupacional de un asegurado del SCTR:

“Que al haber discrepancia diagnóstica entre las pruebas médicas a las cuales fue sometido el Sr. ‘X’ y a fin de dilucidar su actual y real estado de salud estando a lo dispuesto por el artículo 42 de la Resolución de Superintendencia N° 012-98-SEPS, Reglamento de Arbitraje y Solución de Controversias del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, ordenamos de oficio una pericia

médica a cargo de un especialista, consistente en examen clínico, radiológico y espirométrico en la persona del Sr. 'X' para lo cual se designó al Dr. 'Y', con título de Especialista en Neumología otorgado por el Programa de Segunda Especialización de la Unidad de Post Grado de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos con fecha 25 de febrero de 1988, con Registro del Colegio Médico del Perú N° '##', Registro de Especialistas de Medicina Interna N° '###' y R.N.E. de Neumología N° '###', experto en Lectura de Radiografía de Neumoconiosis según la Clasificación Internacional de la OIT (Taller Internacional de la OIT-IPSS 1995), que se desempeña actualmente como 'ABC' y que integra el Registro de Peritos Médicos del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, con intervención del médico radiólogo Dr. 'Z' con Registro del Colegio Médico del Perú N° '###'”(19).

Asimismo, se puede apreciar del siguiente laudo correspondiente a un proceso del año 2003, cuál es el ejercicio valorativo conjunto que realiza normalmente un árbitro del Ceconar entre una pericia oficio como la ordenada en el anterior laudo citado y las demás pruebas médicas aportadas por las partes en el proceso:

“Que al respecto, en el Informe del Examen Médico Ocupacional emitido por la Dirección General de Salud Ambiental del Ministerio de Salud N° 'XX' es opinión del Árbitro Único que el referido informe es incompleto, pues del documento en mención no resulta evidente que se haya sometido al RECLAMANTE a la prueba espirométrica que se debió realizar de acuerdo al protocolo establecido para tal efecto, en la Directiva N° 015-GG-IPSS-96 que contiene las Normas de Evaluación y Calificación de Incapacidades Permanentes, aprobada por Resolución de Gerencia General N° 1747-GG-IPSS-96, que resulta aplicable al presente caso en virtud de lo expresamente señalado por la Cuarta Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 003-98-SA. Asimismo, la referida entidad no ha cumplido con remitir a la SEPS ni las placas radiográficas ni los exámenes sustentatorios a pesar de haber sido requerida para ello

(19) Laudo arbitral emitido por el Árbitro Único, Eugenia Sessarego Melgar (año 2002).

en diversas oportunidades; razón por la cual no genera convicción suficiente en el árbitro”⁽²⁰⁾.

(...)

“Que igualmente obra en el expediente el Informe de Evaluación Médica elaborado con fecha 8 de julio de 2003 por el médico auditor de la DEMANDADA Dr. ‘YY’ que concluye que el RECLAMANTE no presenta menoscabo respiratorio alguno (...) dicho informe no genera convicción suficiente en el árbitro, por cuanto arroja un resultado ambiguo de ‘sospecha’, hecho que debe tomarse en cuenta sobre todo tratándose de una pericia de parte. Que, asimismo, cabe señalar que no efectuó exámenes audiológicos en la persona del RECLAMANTE, en todo caso, ellos no constan del expediente”⁽²¹⁾.

(...)

“(...) resulta relevante destacar que no se ha podido apreciar el informe de los médicos especialistas (neumólogo y otorrinolaringólogo) del INR, quien es la persona encargada de resolver en última instancia administrativa las discrepancias que pudieran existir con relación a la condición o grado de invalidez de un asegurado, como lo prescribe el numeral 25.6.3 del Decreto Supremo N° 003-98-SA, lo que constituye una situación irregular (...)”⁽²²⁾.

En resumen, se trata de un especial cuidado en el perfil del perito de oficio y un riguroso seguimiento de los protocolos existentes (y aplicables) a la pericia, como pauta para la determinación de un aspecto técnico como es el grado de invalidez ocupacional de un asegurado del SCTR; y si bien no se trata de una estrategia novedosa o muy distinta a la utilizada en procesos de otras materias sometidas a arbitraje que deben lidiar con aspectos técnicos y especializados, sí es de resaltar el delicado cuidado en identificar y no errar al momento de ordenar los parámetros de la prueba pericial de oficio, pues su fracaso es el fracaso del arbitraje en cuanto a su finalidad de alcanzar justicia; y es, por lo tanto, así que este termina siendo uno de los aspectos fundamentales por los que el Ceconar se ha mantenido como una opción de justicia seria y válida a lo largo de estos años.

(20) Laudo arbitral emitido por el Árbitro Único, Carlos Ruska Maguiña (año 2003).

(21) Ob. cit.

(22) Ob. cit.

2.2. Sobre los efectos de la configuración de invalidez como elemento determinante para establecer la responsabilidad por cobertura del SCTR

Una vez identificada de manera cierta la presencia de una condición de invalidez de un trabajador (o extrabajador) derivada de una enfermedad profesional, se discute que tal situación sea a ese momento, de responsabilidad de la aseguradora demandada, por cuanto el trabajador ya cesó y recién se tiene noticia de la configuración de la enfermedad de manera posterior al vínculo de la póliza.

Cabe destacar, que no se está discutiendo aquí el aspecto de índole formal ya abordado en párrafos anteriores, respecto a la calidad de extrabajador (“no asegurado”) como presupuesto formal de una falta de legitimidad para obrar, sino que el cuestionamiento abordado a través del presente argumento por parte de la Aseguradora, se formula desde la perspectiva del hecho o siniestro sujeto a cobertura, el que por haber sido identificado con posterioridad a la vigencia de la póliza de SCTR, se le considera fuera del ámbito contractual de dicha póliza y, por ende, fuera del espectro de responsabilidad de la aseguradora en cuestión.

Es así que, como se puede apreciar de este laudo del año 2005, la jurisprudencia del Ceconar rompe con el paradigma de que todo siniestro (en este caso una enfermedad profesional) tenía que haber sido diagnosticada durante la vigencia de la póliza de SCTR de la aseguradora reclamada:

“De las citadas anteriormente se desprende lo siguiente:

En primer lugar, es importante señalar la fecha de la configuración de la invalidez para efectos de determinar la responsabilidad de las prestaciones contenidas en la ley. En este contexto, será responsable la aseguradora que mantiene póliza vigente cuando se configura la invalidez.

En segundo lugar, la normativa establece claramente que la configuración se da cuando se evidencia un menoscabo en su capacidad de trabajo continuo e ininterrumpido igual o mayor al porcentaje establecido en la legislación. Esta evidencia se puede presentar durante la relación de trabajo o al término de esta, ya que puede ser la causa expresa o subyacente por la que el contrato de trabajo se resuelve”⁽²³⁾.

(23) Laudo arbitral emitido por el Árbitro Único, Juan Carlos Cortés Carcelén (año 2005).

(...)

“En consecuencia, sería necesario determinar el grado de invalidez para establecer si el trabajador o extrabajador tiene derecho a una pensión, o tiene derecho a otro tipo de pensión”⁽²⁴⁾.

En efecto, como se puede colegir del laudo citado, este precisa el enfoque del hecho generador de responsabilidad, enmarcándolo en los términos formulados por la normativa de la materia, y que se definen en el marco de un concepto objetivo denominado: “configuración de invalidez” evitando así entrar a la dinámica compleja de una búsqueda normalmente infructuosa (médicamente), de una determinación de la “fecha de surgimiento de la enfermedad profesional”.

De esta manera, se resalta que la configuración de invalidez nace con la evidencia de la presencia de la enfermedad que genera un menoscabo ocupacional, independientemente de la determinación de una fecha específica de origen de dicha enfermedad. Una vez constatada la evidencia de esta enfermedad invalidante, queda por establecer en el proceso si dicha evidencia puede vincularse causalmente de manera razonable con la relación de trabajo en la que la póliza estuvo vigente, independientemente del momento en que es formulado el requerimiento por el interesado.

Tal enfoque responde a la realidad concreta presentada en los casos arbitrales en donde enfermedades profesionales como por ejemplo neumoconiosis o hipoacusia (de alta incidencia en controversias especialmente en el sector minero) pueden ser silenciosas en sus etapas iniciales o haber escapado a un diagnóstico oportuno durante la relación laboral; y a pesar de ello, haber sido a todas luces causadas por la labor desarrollada por el trabajador expuesto a los riesgos laborales de su función en el periodo cubierto por la póliza de SCTR a cargo de la aseguradora.

A continuación se citan algunos considerandos de otro laudo arbitral correspondiente a un expediente también del año 2005, que desarrolla el mismo criterio jurisprudencial pero desde una perspectiva de mayor extensión teórica anclada en los principios de la seguridad social:

“Al respecto, se debe señalar que la relación de aseguramiento que vincula a una entidad aseguradora del SCTR con un trabajador se enmarca dentro del derecho a la seguridad social, que

(24) Ob. cit.

le da contenido a la relación contractual. En este sentido, un contrato de aseguramiento en el marco del SCTR implica que la entidad aseguradora asume un deber de cobertura por todas aquellas contingencias verificadas durante la relación de aseguramiento, más allá que estas sean solicitadas o demandadas por el asegurado con posterioridad a la extinción del vínculo.

En otros términos, debe distinguirse entre el origen del derecho a recibir una prestación económica (constitución del derecho subjetivo) del momento en que el titular del derecho lo ejerce o lo reclama.

Desde esta perspectiva, la extinción de la relación laboral y, concretamente, la extinción de la relación de aseguramiento, no extingue los derechos subjetivos de protección que pudieran haberse originado durante la vigencia del vínculo con la verificación de un accidente o enfermedad profesional. Cosa distinta es que el accidente o enfermedad se hubiere originado (que no es lo mismo que diagnosticado) después de la extinción del vínculo de aseguramiento, en cuyo caso, no existiría obligación de protección.

En ese sentido, la inexistencia de vínculo laboral y de aseguramiento no extingue necesariamente la obligación de cobertura de la DEMANDADA, sino que tendrá que analizarse si desde los argumentos de la DEMANDADA y la pruebas aportadas se concluye sobre la ocurrencia de un accidente o enfermedad profesional que afectó al DEMANDANTE durante la vigencia de la relación de aseguramiento⁽²⁵⁾.

Este criterio consensuado a lo largo de los años en los laudos arbitrales del Ceconar es el que terminó definiendo un enfoque para resolver las controversias sobre las prestaciones económicas del SCTR derivadas de enfermedades profesionales, el cual considera de manera relevante un análisis del nexo de causalidad entre una configuración de invalidez y el contrato o póliza de SCTR a cargo de la aseguradora a la que se le atribuye responsabilidad, y que dependerá a su vez de una serie de aspectos vinculados al tipo de enfermedad, la existencia o no de riesgos que generan este tipo de enfermedad, el momento en que se reclama, entre otros.

(25) Laudo arbitral emitido por el Árbitro Único, Guillermo Miranda Hurtado (año 2005).

En la práctica, la imputación termina dirigiéndose a la última aseguradora que ha cubierto a una persona por SCTR y luego en cada caso, el árbitro analiza, en función de las características de la configuración de invalidez, si efectivamente existe un nexo de causalidad razonable con el tiempo de vigencia de la póliza. La esencia de este criterio de jurisprudencia arbitral se pudo luego ver también reflejado en la formulación de algunas reglas específicas plasmadas en precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional sobre esta materia dictados en años posteriores (cuyo análisis comparativo no abordaremos por no ser el objeto del presente artículo).

Cabe resaltar que los criterios contenidos en la jurisprudencia del Ceconar antes citada no establecen reglas absolutas de carácter específico, sino una metodología de análisis de responsabilidad basada en el concepto de “configuración de invalidez” y el establecimiento razonable de un vínculo causal con la póliza de aseguramiento de SCTR; vale decir, no siempre la configuración de una invalidez formulada a la última aseguradora implica la responsabilidad de la misma, pues como se ha establecido antes, se requiere además una evaluación puntual de las características de la invalidez alegada en cada caso, para establecer si esta puede atribuirse al periodo de responsabilidad de dicha aseguradora; incluso la misma atribución de responsabilidad a la última aseguradora no constituye una regla absoluta pues como se podrá apreciar de manera más detallada en el siguiente acápite, existe la posibilidad de que se haya producido una delimitación de responsabilidad de la última aseguradora, y así la responsabilidad por la cobertura del SCTR en cuestión, podría atribuirse válidamente a una aseguradora anterior. Finalmente, resta agregar que a estas alturas puede evidenciarse nuevamente (en algunos casos con mayor desarrollo que otros pero siempre de alguna manera presente) que la jurisprudencia del Ceconar no descontextualiza las herramientas y efectos jurídicos del SCTR de su realidad como institución de la Seguridad Social, cuyos principios y naturaleza subyacen e irradian normalmente cualquier discusión o análisis de puntos controvertidos en los arbitrajes que son sometidos a este ámbito.

2.3. La posibilidad de delimitación de responsabilidad entre aseguradores del SCTR

En acápites anteriores se ha podido revisar jurisprudencia del Ceconar vinculada a la problemática de la determinación de una condición de invalidez en el SCTR para pasar luego a aquella jurisprudencia referida a la atribución de responsabilidad derivada de esta condición, es así que a continuación

se ha considerado oportuno seleccionar un tipo de controversia relacionada con el tema de delimitación previa de responsabilidad en el SCTR.

En el presente caso, la Aseguradora en cuestión fundamenta el no otorgamiento de una pensión de invalidez a favor del solicitante por cuanto argumenta que dentro del marco legal vigente y en virtud de los derechos que le asisten conforme a los artículos 8⁽²⁶⁾ y 24.3⁽²⁷⁾ de las Normas Técnicas del SCTR (D.S. N° 003-98-SA), incluyó una cláusula en la póliza respectiva a fin de excluir toda condición de invalidez que se haya configurado de manera anterior y fuese debidamente delimitada de forma previa al momento de asumir el riesgo de cobertura por SCTR de los trabajadores asegurados conforme a la póliza respectiva; y por lo tanto en tal contexto, esta aseguradora procedió a delimitar al momento de asumir la póliza, su responsabilidad respecto de una serie de trabajadores que ya presentaban evidencia de enfermedades profesionales en dicha oportunidad.

Sobre el particular, el laudo de este expediente arbitral que data del año 2005 resolvió esta controversia del SCTR (que en el presente caso involucró a dos aseguradoras frente a un trabajador), declarando improcedente tal delimitación realizada por una de las aseguradoras en virtud del siguiente argumento:

(26) Artículo 8.- Obligación de Admitir la Afiliación.

El IPSS, las Entidades Prestadoras de Salud, la ONP y las Compañías de Seguros están obligadas a admitir la afiliación del centro de trabajo que lo solicite, quedando prohibido todo mecanismo de selección entre los trabajadores. Pueden, sin embargo exigir examen médico y/o declaración de salud previas a la celebración del contrato correspondiente, únicamente para delimitar la cobertura correspondiente a los trabajadores que ostenten una condición de invalidez previa al seguro. Asimismo, podrán supeditar la vigencia de la cobertura a la adopción de medidas de prevención o protección de cumplimiento obligatorio, incluyendo las referidas en el artículo 24.6 del presente Decreto Supremo.

(27) 24.3 Dentro de los riesgos asegurados las únicas exclusiones de cobertura que pueden pactarse son:

- a) Invalidez configurada antes del inicio de vigencia del seguro cuyas prestaciones serán amparadas por la ASEGURADORA que otorgó la cobertura al tiempo de la configuración de la invalidez o, en caso que el trabajador que tenga la calidad de asegurado obligatorio no hubiera estado asegurado, por la OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL. En este último caso, es de aplicación el artículo 88 del Decreto Supremo N° 009-97-SA.
- b) Muerte o invalidez causada por lesiones voluntariamente autoinfligidas o autoeliminación o su tentativa.
- c) La muerte o invalidez de los trabajadores asegurables que no hubieren sido declarados por EL CONTRATANTE cuyas pensiones serán de cargo de la OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL de conformidad con el artículo 88 del Decreto Supremo N° 009-97-SA.
- d) La muerte del ASEGURADO producida mientras EL ASEGURADO se encuentra gozando del subsidio de incapacidad temporal a cargo del IPSS, por causas distintas a accidente de trabajo o enfermedad profesional.

“Sin embargo, de dicha información no se aprecia que realmente a esa oportunidad se haya ‘configurado invalidez’ tal como en la cláusula de exclusión se señala, por cuanto si bien las fichas médicas ocupacionales de la entidad empleadora poseen la característica de examen médico, aquellas no determinan por sí mismas la configuración de invalidez al no señalar el porcentaje de menoscabo, extremo que no es factible de soslayar en razón de que como está definido es solo cuando ‘en el asegurado se evidencia o manifiesta un menoscabo en su capacidad de trabajo continuo e ininterrumpido igual o mayor al porcentaje establecido en este Decreto Supremo para determinar la invalidez’ que la exclusión podría resultar procedente”⁽²⁸⁾.

Cabe destacar que el uso de esta prerrogativa por parte de las aseguradoras, aporta efectivamente a un buen manejo de las carteras de riesgo que asume cada asegurador, haciéndolo de una manera informada de los riesgos que asume y evidenciando los que ya se hubiesen podido generar (y que quizás no habían salido a la luz) de modo que procedan a ser asumidos y cubiertos inmediatamente por la anterior aseguradora, beneficiando así también a los asegurados que pudiesen tener una condición de invalidez no determinada o evidenciada por la cual tienen el derecho de recibir una prestación.

Por otro lado, esta posibilidad de las aseguradoras contemplada en las normas, ha sido utilizada también como argumento y sustento para atribuir responsabilidad a aquellas aseguradoras que no habiendo hecho tal delimitación alegan una configuración de invalidez anterior, pues finalmente existiendo esta prerrogativa, se encuentra contemplada una forma y un momento para establecer la falta de responsabilidad respecto de un siniestro del SCTR.

No obstante lo expuesto, y aun cuando la aseguradora en cuestión haya tenido cierto grado de diligencia en identificar posibles riesgos ya generados al momento de asumir la póliza, falla en perfeccionar dicha delimitación pues incurre en el error común de confundir configuración de enfermedad con configuración de invalidez.

En efecto, como se ha resaltado a lo largo de este texto, el concepto y supuesto legal que genera efectos jurídicos es el de “configuración de invalidez” y no el de “existencia de una enfermedad” por más que esta enfermedad pueda vincularse a una actividad laboral; es decir, la delimitación de

(28) Laudo arbitral emitido por el Árbitro Único, Ricardo Rodríguez Ardiles (año 2005).

responsabilidad se realiza en función de porcentajes de menoscabo ocupacional (configuración de invalidez) y no sobre la base de enfermedades; hay que recordar que la sola aparición de una enfermedad para ser considerada sujeta a beneficios económicos tendría que alcanzar determinados porcentajes de menoscabo a los que se podría llegar o no (si por ejemplo la enfermedad desapareciera o no evolucionara).

Los términos en los que se interpreta esta delimitación de responsabilidad se pueden apreciar igualmente en la glosa de este lado arbitral del año 2010:

“Que no existe ninguna evidencia en el expediente de la configuración previa a la cobertura de la póliza ‘XXX’. Si bien se alega un inicio de enfermedades anterior a la vigencia de la póliza, esta aseveración no constituye por sí misma una configuración de invalidez anterior a la referida póliza, pues no se encuentra sustentada ni en un examen médico ni se señala el respectivo porcentaje de menoscabo ocupacional, extremos que no son factibles de soslayar en razón de lo contemplado en los Artículos 8, 24.3 inciso a) y la Tercera Disposición Final del D.S. N° 008-98-SA, que establecen estos requisitos para que la exclusión por periodo de cobertura pueda considerarse procedente”⁽²⁹⁾.

De esta manera resulta altamente positivo que se alcance un grado de certeza sobre los términos de atribución de responsabilidad por siniestros del SCTR, sobre todo en un contexto como el nuestro en que existe la posibilidad de participación de varios aseguradores en el tiempo y que deben además actuar sobre hechos que tienen que alcanzar cierto progreso también en el tiempo para ser considerados como siniestros sujetos a cobertura.

2.4. Cuestionamiento de la responsabilidad en el otorgamiento de prestaciones del SCTR cuando un asegurado que ya formuló su requerimiento pasa a otra aseguradora

Se ha establecido que constituye la intención del presente artículo, realizar una selección y comentario de la jurisprudencia relevante del Ceconar en el campo del SCTR, y que en conjunto plasme los pronunciamientos sobre los temas que se han considerado como los más críticos a lo largo de la

(29) Laudo arbitral emitido por el Árbitro Único, Milagros Maraví Sumar (año 2010).

aplicación de este Régimen en un tiempo que además trate de cubrir el periodo de los casi 15 años de actividad del Ceconar.

Cabe resaltar igualmente, que no importa el nivel de avance alcanzado, es de suponer que nuevos temas controvertidos continuarán apareciendo. Es por eso que a continuación se ha decidido incluir dos temas adicionales de controversia que se vienen presentando de manera más reciente en el Ceconar, pues si bien nos encontramos en un contexto donde ya se han generado progresivas y esenciales precisiones interpretativas en los laudos arbitrales del Ceconar (complementadas con pronunciamientos del Tribunal Constitucional y algún desarrollo normativo) respecto de diversos temas que venían generando controversia, es de esperar que en el campo de las relaciones de derecho, seguirán surgiendo dudas y otros conflictos que requerirán nuevamente un pronunciamiento técnico para su solución.

El primero de los temas de controversia reciente se refiere a una controversia que surge en este contexto donde participan varias aseguradoras en el tiempo para cubrir el riesgo de prestaciones económicas del SCTR y en donde formulándose una configuración de invalidez en virtud de la cual se reclama a una aseguradora el otorgamiento de la respectiva prestación económica, por el transcurso del tiempo en la tramitación, pasa dicho asegurado a formar parte automáticamente de una nueva póliza con otra aseguradora, lo que genera la negativa de la anterior aseguradora a otorgar las prestaciones del caso, por cuanto ya correspondería a la siguiente aseguradora.

El criterio que viene prevaleciendo hasta el momento en los laudos del Ceconar, es el que a continuación se cita y que corresponde a un laudo arbitral del año 2012:

“Que, si bien en octubre del 2009 ‘XXX’ ya no tenía un contrato de seguro complementario de trabajo de riesgo con el empleador del demandante ‘YYY’, cabe destacar que sí lo tuvo en abril de 2008 cuando el trabajador presentó su solicitud a ‘XXX’ en calidad de última aseguradora responsable, en donde ya formula su pretensión de invalidez, que fuera controvertida por ‘XXX’ en esa fecha, y finalmente confirmada por la pericia de oficio ordenada por el

árbitro, realizada por la doctora ‘ZZZ’ y que otorga al demandante un 60 % de menoscabo”⁽³⁰⁾.

Como se desprende de este criterio jurisprudencial, se opta por reiterar como momento de atribución de responsabilidad, aquel en que se configura la invalidez y en el que inmediatamente se formula el requerimiento a la aseguradora de SCTR vigente en ese momento. El hecho de que pudiese tratarse de un extrabajador y que, por ende, ello signifique que el requerimiento de prestaciones de SCTR se formule a la última aseguradora no implica que en todos los casos ello deba ser así.

Ese es justamente el caso con ocasión al cual se emite el laudo (también en el año 2012) que se glosa a continuación en la parte pertinente, el cual se refiere a la controversia en la que un trabajador con configuración de invalidez indemnizable solicita a la aseguradora con póliza vigente en ese momento, el otorgamiento de las prestaciones del caso, pero que en el devenir de las reclamaciones en distintas instancias, y al trasladarse la cartera de asegurados a otra aseguradora, la aseguradora reclamada le indica al asegurado que debe volver a iniciar su trámite desde cero con la nueva aseguradora. Se sustenta adicionalmente esta posición de la aseguradora con un precedente del Tribunal Constitucional que establece que cuando la configuración de invalidez se presente al cese laboral la solicitud para el otorgamiento de prestaciones debe realizarse a la última aseguradora con póliza vigente a favor del solicitante.

“Sobre el particular, el árbitro considera que la interpretación del criterio jurisprudencial establecido por el Tribunal Constitucional, no podría aplicarse a un supuesto distinto al enunciado por este. Es así que en el presente caso no nos encontramos ante un supuesto en que la enfermedad profesional se haya presentado al término de la relación laboral, sino que se presentó, informó y generó el requerimiento para el otorgamiento de prestaciones económicas durante la vigencia de la relación laboral. En efecto, el señor AAA tomó conocimiento de su enfermedad y reclamó el otorgamiento de prestaciones económicas el 6 de mayo de 2008, esto es, con anterioridad al término de su relación laboral en setiembre de 2010 y durante la vigencia de la póliza contratada con ‘BBB’”.

(30) Laudo arbitral emitido por el Árbitro Único, Javier La Rosa Calle (año 2012).

En ese sentido, el árbitro no considera aplicable al presente el criterio jurisprudencial establecido por el Tribunal Constitucional, según el cual, la responsable para el otorgamiento prestaciones económicas sería la entidad que mantenía la póliza vigente cuando se produjo el término de la relación laboral del trabajador (en este caso, setiembre de 2010); al no verificarse que el demandante haya tomado conocimiento de su enfermedad al término de la relación laboral.

Por el contrario, el demandante, luego de tomar conocimiento de su enfermedad y durante la vigencia de su relación laboral, plantea su solicitud de otorgamiento de prestaciones económicas en mayo de 2008 ante “BBB”, momento en que esta era la entidad responsable de otorgar cobertura a su favor en virtud del contrato que mantenía vigente con “CCC”, por lo que corresponde desestimar la alegada exclusión de responsabilidad planteada por “BBB”.

“Cabe tener en cuenta adicionalmente, que la sucesión de contratación de compañías aseguradoras por parte del empleador no debería generar una situación de incertidumbre jurídica que afecte la exigibilidad del derecho del trabajador que formula su requerimiento legítimo y oportuno ante la compañía aseguradora que mantiene el contrato de SCTR vigente en ese momento. Caso contrario, podría llegarse al absurdo que un trabajador inicie su requerimiento ante una aseguradora y luego se vea forzado en el transcurso del tiempo a variar consecutivamente su requerimiento original cuantas veces el empleador contrate una nueva compañía aseguradora para la cobertura del SCTR, situación que podría extenderse indefinidamente en el tiempo, generando una situación de indefensión del trabajador”⁽³¹⁾.

En el presente caso, se hace evidente nuevamente la importancia de analizar las cuestiones que se presenten el Régimen del SCTR bajo un enfoque integral yendo más allá de reglas específicas interpretadas de manera literal que pueden hacer perder de vista la verdadera naturaleza de un supuesto determinado del SCTR. En este análisis integral debe evaluarse la circunstancia concreta de hecho, la esencia del espíritu de las normas y los principios del SCTR en el marco de la Seguridad Social en la que se desarrollan estos elementos.

(31) Laudo arbitral emitido por el Árbitro Único, Juan Carlos Cortés Carcelén (año 2012).

2.5. Aplicación de la RTC N° 0349-2011-PA/TC para el cálculo del promedio de remuneraciones del trabajador

El otro tema controvertido reiteradamente en procesos recientes, se refiere a la utilización de la doctrina de jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional RTC N° 0349-2011-PA/TC, por la que se establece que la determinación del monto de la pensión de invalidez en los casos en que la parte demandante haya concluido su vínculo laboral y “la enfermedad profesional se haya presentado con posterioridad a dicho evento”, se efectuará sobre el 100 % de la remuneración mínima mensual de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

Este pronunciamiento marcaría, en caso de su aplicación generalizada una disminución radical en los montos de las pensiones de invalidez que venían recibiendo los trabajadores sujetos al Régimen del SCTR; cabe resaltar, que muchos de los casos de las controversias que se someten a arbitraje en el Ceconar corresponden a trabajadores que ya cesaron y que en caso de ser objeto de reconocimiento de algún beneficio económico por invalidez, se procedía normalmente al cálculo de dicho monto siguiendo la pauta contemplada en las Normas Técnicas del SCTR (D.S. N° 003-98-SA) considerando las 12 últimas remuneraciones anteriores al siniestro, que en estos casos habiéndose configurado luego o cercana a la fecha de cese, consideraba las 12 últimas remuneraciones (anteriores a dicho cese); finalmente, los laudos tenían en cuenta que no se trataba de trabajadores con periodos laborales incompletos o con remuneraciones indeterminadas; lo cierto es que aplicando esta doctrina jurisprudencial vinculante, se tendría ex trabajadores que eventualmente por causas no atribuibles a ellos, terminarían recibiendo sumas significativamente menores a las de otros trabajadores en igualdad de condiciones y con el mismo grado de menoscabo pero respecto de los cuales sí se habría tenido la diligencia de un requerimiento oportuno durante la relación laboral.

Sobre el particular se cita algunos considerandos de una Resolución de Aclaración, Corrección e Integración de Laudo Arbitral emitida en el año 2013:

“A pesar de considerarse esta doctrina jurisprudencial vinculante, el propio Tribunal Constitucional luego de un análisis de su pronunciamiento tiene una nueva posición. Es así que mediante la sentencia N° 01099-2012-PA/TC a través de los votos de los doctores Beaumont Callirgos y Eto Cruz, y posteriormente

con la aclaración de los mismos magistrados Eto Cruz, Álvarez Mirando y Mesía Ramírez se fija que:

‘(...) Tratándose de un caso en el que la fecha del dictamen de comisión que acredita la enfermedad es posterior a la fecha del cese laboral, el juez de ejecución deberá aplicar la regla establecida en la RTC 349-2011-PA/TC en la etapa de ejecución de sentencia si resulta más favorable para el cálculo del monto de la pensión del actor, en caso contrario esta regla no se aplicará para calcular referida pensión’.

En aplicación de este nuevo pronunciamiento del Tribunal, consideramos que la sentencia N° 349-2011-PA/TC es inaplicable al presente caso, pues de la revisión de autos se observa que aplicar dicha sentencia sería desfavorable para EL RECLAMANTE. En ese sentido, a efectos de calcular la remuneración mensual debe utilizarse como forma de cálculo las doce últimas remuneraciones anteriores al cese, eso es anteriores a noviembre de 2006”⁽³²⁾.

Si bien la jurisprudencia en el presente caso arbitral, resulta de meridiana claridad y exige tan solo el esfuerzo de un análisis razonable y consistente de los criterios que periódicamente pueda dictar el Tribunal Constitucional con carácter obligatorio; merecía su inclusión no solo por tratarse de un tipo de controversia que se venía presentando recientemente, sino por constituir también un nuevo ejemplo de cómo se puede perder el sentido en el manejo de reglas en un régimen de seguridad social, si se deja de tener presente conceptos básicos sobre los que está sustentada la seguridad social y que brindan sentido a cualquier herramienta que forma parte de este Sistema. El presente caso fue precisado oportunamente por el Tribunal Constitucional de manera que no pudiese ser interpretado fuera de contexto por lo que no se generó mayor problema.

(32) Resolución que resuelve el recurso de Aclaración, Integración y Corrección de Laudo, emitido por el Árbitro Único, Boris Potozen Braco (Año 2013).

III. CONCLUSIONES

Se ha considerado conveniente reforzar el final del artículo incluyendo algunas conclusiones que a manera de resumen plasmen las ideas principales del desarrollo jurisprudencial expuesto:

1. Independientemente del diseño del Sistema de Seguridad Social y sus instituciones, modalidades, herramientas y agentes participantes, es fundamental contar con mecanismos y procedimientos a los que puedan recurrir los asegurados para reclamar sus derechos.
2. La jurisprudencia arbitral demuestra que sucesivos pronunciamientos sobre controversias del SCTR pueden aportar también a corregir ciertas falencias normativas, técnicas e incluso institucionales, que brinden mayor certidumbre respecto del contexto de funcionamiento de este régimen de la seguridad social.
3. La jurisprudencia arbitral relacionada con temas de forma evidencia que las formalidades y requisitos no pueden ser sacados de contexto de modo que desnaturalicen los principios y finalidades últimas de la seguridad social en el SCTR.
4. En la valoración probatoria de los laudos arbitrales se constata la dificultad que existe actualmente en la calificación médica de invalidez y subsecuente otorgamiento de grado de menoscabo debido a una serie de factores que si bien tratan de ser superados en la instancia arbitral, conviene que sea impulsado a nivel sectorial un desarrollo de los medios e instrumentos suficientes para contar con una mejor calificación de invalidez en el ámbito del SCTR y por consiguiente, menos controversias.
5. La jurisprudencia arbitral ha reforzado un manejo técnico de la atribución de responsabilidad por prestaciones económicas del SCTR a las aseguradoras, en función de conceptos contemplados en las normas como el de “configuración de invalidez” que dejan el menor espacio posible a la ambigüedad y que permitan un manejo ordenado de un régimen donde participan varias y sucesivas aseguradoras para la cobertura de un riesgo complejo como el del SCTR.

6. Los laudos arbitrales no pierden de vista, en el análisis de los temas controvertidos, la condición de las partes en un marco de derecho a la seguridad social que permite poner en correcta perspectiva los temas sometidos a decisión y que no implica una vulneración al principio de imparcialidad en los procesos.

Como reflexión final, estimo que conviene tener presente que todo análisis jurisprudencial plasma una situación particular en la que un problema es resuelto de modo que podamos sacar lecciones a futuro, estas pueden ser desde las más utilitarias hasta aquellas vinculadas con una debida predictibilidad en la solución de controversias, pudiendo llegar incluso al nivel de inspirar mejoras en el ámbito jurídico. Solo me queda esperar, en el espíritu de la cita inicial incluida en el presente artículo, que el presente trabajo sobre la jurisprudencia del Ceconar pueda proyectarse hacia esos fines últimos.

CONCURSO UNIVERSITARIO
AREQUIPA 2014

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA
DE LOS ACCIDENTES DE TRABAJO
Y ENFERMEDADES OCUPACIONALES.
¿LA FALTA DE EJERCICIO DEL DERECHO
DE RESISTENCIA POR PARTE DEL
TRABAJADOR PARA NO EJECUTAR UNA LABOR
RIESGOSA EXIME DE RESPONSABILIDAD
AL EMPLEADOR?**

Saulo Galicia Vidal⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

“El trabajo cobra más víctimas que la guerra”. Esas fueron las declaraciones del Director General de la Organización Internacional del Trabajo, Guy Ryder en el XX Congreso Mundial sobre Seguridad y Salud en el Trabajo realizado en Alemania⁽²⁾. Según Ryder, cada año mueren 2.3 millones de trabajadores en el mundo debido a accidentes o enfermedades ligadas al trabajo.

(1) Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Primer Puesto del Concurso de Investigación Universitaria de la SPDTSS (2014).

(2) Véase: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_302547/lang--es/index.htm?shared_from=shr-tls>.

En nuestro país, la realidad no es diferente. De acuerdo a la información disponible en los portales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, entre el año 2012 y 2013 se registraron, a nivel nacional, 34,816 accidentes de trabajo, de los cuales 367 fueron mortales. En el mismo periodo, se registraron 145 enfermedades ocupacionales. Si a ello sumamos el alto grado, primero, de informalidad que existe en el Perú y, segundo, el número de accidentes o enfermedades que, a pesar de que ocurran dentro de empresas formales, no son reportadas, podemos inferir que la cifra será considerablemente mayor.

El alto número de ambos infortunios laborales demuestra que estamos ante un problema social. Frente a ello, podemos cuestionarnos cuál es la respuesta que el ordenamiento jurídico ha tenido al respecto.

En nuestro país, la promulgación de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (2011) y su Reglamento (2012) son, probablemente, los máximos esfuerzos que, desde la propia legislación, se han presentado. Sin embargo, la regulación que ambos dispositivos tienen de la responsabilidad civil derivada de los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales es incipiente⁽³⁾, dejando un margen casi absoluto de aplicación supletoria del régimen general de responsabilidad civil regulado por el Código Civil.

Teniendo en cuenta que los operadores del derecho (básicamente el Poder Judicial y la Autoridad Administrativa de Trabajo) deberán recurrir a las normas generales del Código Civil para resolver los casos de infortunios laborales, cabe preguntarse si es que aquellas normas son totalmente compatibles con la naturaleza propia de las relaciones laborales, esto es, la relación asimétrica que existe entre el trabajador y el empleador.

En concreto, podemos ver el caso del artículo 1327 del Código Civil, el cual exime de responsabilidad al sujeto deudor de una obligación (en este caso, el empleador), cuando el daño se haya producido por la negligencia del acreedor (el trabajador).

Pensemos en el siguiente supuesto: el empleador ordena a un trabajador a limpiar las lunas del quinto piso de un edificio, sin embargo, no le otorga los implementos de seguridad adecuados. El trabajador, que es consciente de no contar con tales implementos, ejecuta la orden sin cuestionarla. Si

(3) La Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo solo regula la responsabilidad directa del empleador en el artículo 53 y su Reglamento lo desarrolla en el artículo 94.

producto de tal situación, el trabajador sufre un accidente, ¿es aplicable el artículo 1327 del Código Civil? Es decir, ¿actuó con negligencia el trabajador?

En este punto, surgen dos elementos enteramente ligados: el deber de obediencia y el derecho de resistencia. Así pues, se plantea que si bien el trabajador tiene el deber de obediencia y, por lo tanto, tendrá que seguir las órdenes del empleador, frente a órdenes injustas u órdenes que impliquen la vulneración de los derechos de los trabajadores (en este caso, la salud, vida e integridad), estos podrán ejercer el derecho de resistencia para evitar cumplir aquellas órdenes irrazonables.

En el ejemplo planteado, si el empleador ordena al trabajador limpiar las lunas del quinto piso sin otorgarle los implementos de seguridad adecuados, el trabajador podría ejercer su derecho de resistencia con la finalidad de evitar cumplir tal orden y poner en riesgo su propia salud, vida o integridad.

Teniendo en cuenta tal marco podríamos delimitar la pregunta planteada inicialmente de la siguiente manera: ¿la falta de ejercicio del derecho de resistencia implica un actuar negligente del trabajador al punto que exime de responsabilidad al empleador?

Esa es la pregunta que se pretende responder en el presente trabajo. Para ello, desarrollaremos un recuento de qué se entiende por responsabilidad del empleador derivada de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales y los distintos elementos que la componen, con la finalidad de determinar criterios para poder responder a la pregunta planteada.

Luego, describiremos los conceptos de deber de obediencia y derecho de resistencia, enteramente ligados a esta pregunta, a fin de determinar cómo podrían influir estos en la resolución del problema.

Por último, procederemos a desarrollar nuestra respuesta a la pregunta-problema planteada en este trabajo, tomando en consideración la especial situación en la que se encuentran los trabajadores para ejercer el derecho de resistencia y las consecuencias que ello implicaría con la finalidad de generar las capacidades de prevención adecuadas para evitar la ocurrencia de estos infortunios laborales.

Desde ya advertimos que nuestra hipótesis consiste en negar la aplicación absoluta del artículo 1327, salvo los casos de culpa exclusiva del trabajador.

II. PRIMER CAPÍTULO: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPLEADOR DERIVADA DE LOS ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES OCUPACIONALES

1. Los distintos tipos de responsabilidades en materia de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales

Las consecuencias jurídicas derivadas de los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales pueden ser varias. Generalmente, estas consecuencias son divididas como “tipos de responsabilidad”. Así, tenemos que existen responsabilidades civiles, penales y administrativas derivadas de dichos infortunios laborales. El nombre de cada tipo de responsabilidad es bastante explícito para entender sobre qué versa cada una.

El objeto de estudio del presente trabajo recae sobre el primer tipo de responsabilidad, por lo que no cabrá pronunciarse sobre los alcances de la responsabilidad penal ni administrativa.

Dicho lo anterior, en el presente Capítulo desarrollaremos qué se entiende por responsabilidad civil derivada de los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales y en qué supuesto específico nos centraremos.

2. La responsabilidad civil derivada de los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales

Cuando hablamos de responsabilidad civil, nos referimos al “conjunto de consecuencias jurídico-patrimoniales a las que se encuentra sometido el titular de una **situación jurídica de desventaja** cuando lesiona un **interés ajeno jurídicamente tutelable**”⁽⁴⁾ (el énfasis es nuestro).

En otras palabras, la responsabilidad civil es el mecanismo que el ordenamiento jurídico prevé para poder transferir a un sujeto determinado, el costo de los daños experimentados por otro (la víctima)⁽⁵⁾. Así, la responsabilidad civil opera como un sistema determinado con reglas específicas, mediante el cual a un sujeto específico se le asignará la responsabilidad (he ahí la transferencia de costos) por los daños generados a otro.

(4) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica”. En: ¿Por qué hay que cambiar el Código Civil? UPC, Lima, 2001, pp. 283-340.

(5) MONATERI, Giuseppe. “Funciones y criterios de la responsabilidad civil”. En: *Tratado de derecho civil*. Coordinador: Rodolfo Sacco. UTET, Turín, 1998, p. 20.

Piénsese, por ejemplo, en los accidentes de tránsito. Supongamos que un peatón, que cruzaba tranquilamente una avenida, fue arrollado de forma intempestiva por un conductor ebrio. Producto de dicho atropello, el peatón ha sufrido una lesión lumbar severa. La atención médica de dicha lesión y su posterior rehabilitación fueron asumidas íntegramente por el peatón. La pregunta natural que surge ante esta situación es la siguiente: ¿debe el conductor reparar económicamente los daños generados al peatón? Inclusive, podríamos formular otras interrogantes: ¿afecta en alguna medida que el conductor haya estado ebrio? ¿Si el conductor no estaba ebrio, de todas formas debería responder por los daños generados al peatón? ¿Y si el peatón cruzó la avenida cuando el semáforo peatonal indicaba que no debía hacerlo, el conductor seguirá respondiendo por los daños? Este tipo de preguntas, y el resto que se pudieran generar a raíz del ejemplo planteado, son resueltas mediante la responsabilidad civil.

Teniendo en cuenta ello, una primera definición de este tipo de responsabilidad civil puede ser la siguiente: la responsabilidad civil derivada de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales son todas las consecuencias jurídico-patrimoniales que deberá afrontar un sujeto cuando cause o sea responsable de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional⁽⁶⁾.

Sin embargo, nuestro estudio es más específico aún. Nótese que en la definición anterior se señala “sujeto responsable” y no necesariamente empleador. En efecto, en la responsabilidad civil en materia de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales, no solo el empleador puede ser quien reciba el traslado de los daños originados a la víctima; puede darse el caso de que el accidente se produzca por la acción u omisión de un compañero de trabajo directo o, inclusive, por la propia actuación del trabajador quien sufre el accidente⁽⁷⁾.

En todos esos casos, también estaremos frente a la responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales. Sin perjuicio de ello, debido al problema jurídico planteado, **nuestro objeto de estudio es, en concreto, la responsabilidad civil del empleador derivada de**

(6) LUQUE, Manuel. *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*. Consejo Económico Social, Madrid, 2002, p. 29.

(7) Téngase en cuenta que en el amplio campo de la Responsabilidad en el Derecho del Trabajo, hay diversas situaciones en las que el trabajador puede verse como responsable de compensar económicamente a otro (sea otro trabajador o al empleador) por los daños generados a este. Véase los ejemplos citados en BUEN, Nestor de. “La responsabilidad en el derecho del trabajo”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México*. N° 49, Año XVII, 1984, p. 10.

los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales⁽⁸⁾. Es decir, las consecuencias jurídico-patrimoniales que deberá soportar este sujeto de la relación laboral en los casos de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales⁽⁹⁾. Dicho lo anterior, cabe preguntarse si es que hay diferencias entre el sistema general de responsabilidad civil tradicional –regulado por el Código Civil y desarrollado ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia– y el de la responsabilidad civil del empleador en materia de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales o si, en todo caso, solo es un ámbito específico del primero, sin alterar las reglas propias del sistema general.

3. Las corrientes de la responsabilidad civil del empleador derivada de los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales

La regulación de la responsabilidad civil del empleador derivada de los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales no es nada nueva. Al contrario, con el surgimiento de la revolución industrial nace el concepto de sociedad de riesgo y, con él, el de seguridad industrial⁽¹⁰⁾.

El desarrollo de distintos instrumentos tecnológicos, la mecanización de la industria y la posibilidad de que las actividades humanas puedan ser realizadas en muchos más lugares implicaron que, cada vez más, el hombre vaya asumiendo mayores riesgos y, por lo tanto, incrementando el número de accidentes y enfermedades laborales.

En el Perú, la primera norma sobre accidentes de trabajo fue la Ley N° 1378, Ley de Accidentes de Trabajo, promulgada por el presidente Augusto B. Leguía en 1911. Esta Ley consagraba lo que más adelante denominaremos la teoría del riesgo profesional. De esta manera, puede verse que la preocupación por parte del legislador de una regulación específica de los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales no es reciente.

(8) En este punto cabe resaltar que trabajaremos bajo las normas establecidas en el Libro del Código Civil, dado que la responsabilidad civil en el campo de las relaciones laborales se enmarca dentro de las reglas de la responsabilidad contractual o también denominada responsabilidad por inexecución de obligaciones. Para el caso concreto de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, puede verse: UGAZ, Mauro y Sebastián SOLTAU “Implicancias de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo”. En: *Derecho & Sociedad*. N° 37, Año 22, 2011, p. 177.

(9) Ídem.

(10) RAMÍREZ, César. *Seguridad Industrial. Un enfoque integral*. Limusa, México, 2005. Ramírez señala que la revolución industrial marca el inicio de la seguridad industrial, justamente con la aparición de la fuerza del vapor y la mecanización de la industria, produciéndose un incremento considerable en los accidentes de trabajo y las enfermedades laborales.

Sin embargo, las reglas que se le apliquen a esta materia concreta sí han ido variando dependiendo del sistema por el que se opte. Así, podemos sintetizar las distintas corrientes en tres enfoques:

- i) El primero consiste en estudiar este tipo de responsabilidad con las reglas del derecho civil común, esto es, la regulación general que existe sobre tal materia⁽¹¹⁾.
- ii) El segundo enfoque plantea, al igual que el primero, trabajar la responsabilidad derivada de los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales con las reglas de la responsabilidad civil general, pero con disposiciones específicas, en especial, la inversión de la carga de la prueba en favor del trabajador.
- iii) El tercer enfoque sí plantea tener una regulación específica de componentes esenciales: criterios de imputación distintos y diferenciar las reglas de exclusión de la responsabilidad civil en el campo de los accidentes de trabajo. La concretización más fuerte de este último enfoque ha sido la postulación de la teoría del riesgo profesional⁽¹²⁾, la cual consiste en considerar como responsable al empleador por el solo hecho de encomendar al trabajador una actividad riesgosa, sin analizar la conducta diligente o no del trabajador (análisis que sí plantea el sistema de responsabilidad civil continental). Si bien esta teoría tiene una gran semejanza con la responsabilidad objetiva, en el desarrollo del trabajo explicaremos las diferencias entre ambos criterios de imputación.

Cabe resaltar que estos tres enfoques no se han planteado de manera separada. Por ejemplo, en el Perú, la jurisprudencia ha recogido mayoritariamente el primer enfoque, sin embargo, en la inspección del trabajo, se ha acogido, en alguna medida –y sin una mención explícita– la teoría del riesgo profesional, que rompe con las reglas comunes del Derecho Civil.

(11) VASQUEZ, Antonio. *La responsabilidad en el Derecho del Trabajo*. Astrea, Buenos Aires, 1988, pp. 475-486. En el libro de Antonio Vásquez, el autor describe cómo las reglas de la responsabilidad civil general son aplicables a la responsabilidad civil específica que estudiamos en esta investigación.

(12) Una aproximación desde el derecho brasileño sobre la teoría del riesgo puede realizarse en el siguiente trabajo. GERALDO, Sebastião. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. Editora LTR Sao Paulo, Sao Paulo, 2013, p. 97.

Inclusive, y como señalamos inicialmente, la primera Ley sobre Accidentes de Trabajo consagraba el concepto del riesgo profesional. Pero ¿qué se entiende por riesgo profesional? La relevancia de determinar este concepto es alta, pues dependiendo de lo que se entienda por dicha teoría y evaluando su viabilidad en nuestra legislación actual, podemos resolver el problema jurídico planteado.

4. La teoría del riesgo profesional

Para poder determinar cuándo alguien es responsable, se requiere realizar el “método de análisis de la responsabilidad civil”⁽¹³⁾. Este método se encuentra dividido en dos componentes: un análisis material y un análisis de imputación.

En el primer componente, esto es, en el análisis material, se verificará la existencia del daño sufrido por la víctima, el hecho de que haya generado dicho daño y la relación de causalidad entre el primero con respecto al segundo. En el análisis de imputación lo que se pretende es el estudio de los criterios que nos llevará a determinar si es que el causante del daño será quien responda o, en todo caso, si es que hay otro que, de acuerdo a lo establecido por las mismas reglas, deberá responder.

El juicio de responsabilidad, como lo acabamos de mencionar, es el estudio de aquellos criterios que nos llevarán a determinar a la persona que asumirá los costes del daño. Los criterios usualmente empleados son dos: la responsabilidad subjetiva o por culpa y la responsabilidad objetiva. Si se opta por el primer criterio, el sujeto autor del daño solo responderá cuando se demuestre que lo hizo con culpa o debido a su propia negligencia o impericia. Así pues, si es que no hubo culpa o negligencia por parte del autor, no tendrá que responder, a pesar de que se constate la existencia de daños específicos.

En la responsabilidad objetiva, el causante del daño responderá siempre por los daños generados producto de su actividad, sin importar si hubo culpa o no o si medió algún tipo de negligencia de la víctima⁽¹⁴⁾. Ahora bien,

(13) CAMPOS, Héctor. “El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano: reflexiones iniciales sobre los alcances del artículo 1971 del Código Civil peruano y la afirmación de la responsabilidad civil en el ejercicio regular de un derecho”. En: *Ius Et Veritas*. N° 45, p. 212.

(14) Salvo que haya existido una imposibilidad tal que impida evitar el daño originado. Respecto a qué tipo de eventos pueden permitir que, bajo la responsabilidad objetiva, el causante del daño no sea quien asuma los costes de este, se ha sostenido que estos eventos deberán ser extraordinarios (no deberán desprenderse de riesgos típicos de la actividad), notorios y públicos (deberá tener

en materia de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales en específico, se ha desarrollado un criterio de imputación muy similar a la responsabilidad objetiva: la teoría del riesgo profesional. De acuerdo al profesor Carlos Ramos, bajo la teoría del riesgo profesional

“la responsabilidad económica por los infortunios laborales (muerte o incapacidad física) que sufrían los obreros y empleados en el desempeño de sus prestaciones laborales, o como consecuencia de ellas, se reputaba al empresario, aun si no existiera culpa por parte de este, o si ella no se llegase a demostrar”⁽¹⁵⁾.

La motivación detrás de esta teoría la encontramos en el discurso del mismo autor de la primera Ley sobre accidentes de trabajo, el profesor José Matías Manzanilla, quien señaló:

“Yo no quiero hacer la sombría pintura de las familias en la miseria y de los pobres inválidos mendigando la caridad pública. Renuncio a todos los ropajes retóricos que pudieran dar brillante envoltura a esta exposición. Yo me limito a sostener que **si la industria produce estos daños, ella debe repararlos**⁽¹⁶⁾” (el énfasis es nuestro).

Como se puede desprender de la cita del profesor José Matías Manzanilla, la teoría del riesgo profesional implicaba desvincular los criterios de culpa y negligencia de la responsabilidad del empleador, dado que se presumía la existencia de riesgos y peligros inevitables generados por la propia actividad económica del empleador. La diferencia entre la teoría del riesgo profesional y la responsabilidad objetiva radicaría en que, al final, la responsabilidad objetiva sí admite una reducción de la indemnización que pagará el agente que causó el daño en función de la diligencia o no de la víctima⁽¹⁷⁾, mientras que las indemnizaciones otorgadas bajo la teoría del riesgo profesional prescinden totalmente de ese criterio.

una violencia excepcional para cualquier sujeto que se haya encontrado en el lugar del causante del daño), imprevisibles e irresistibles, véase DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. PUCP Editorial, Lima, 2001. pp. 336-341.

- (15) RAMOS, Carlos. “La teoría del riesgo profesional: “expresión militante de la economía contemporánea”. En: *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*. Grijley, Lima, 2004. p. 556.
- (16) Discurso realizado por José Matías Manzanilla en el año 1905. El extracto puede ser obtenido tanto de la cita realizada por el profesor Carlos Ramos en el libro señalado en la nota anterior, como de la editorial del Libro Homenaje al profesor Manzanilla, realizado por la Sociedad Química del Perú. En: *Revista de la Sociedad Química del Perú*. Número 3, julio/setiembre 2011.
- (17) De esta manera, se aplica el artículo 1973 del Código Civil que reduce la indemnización cuando la víctima también participó en la producción del daño.

Ahora bien, si la teoría del riesgo profesional fuera el criterio que impera actualmente en nuestra legislación, la pregunta al problema planteado en esta investigación sería sencilla: la falta de ejercicio del derecho de resistencia no implica, en absoluto, que el empleador alegue la causal de negligencia de la víctima para eximirse de responsabilidad, pues de acuerdo a la teoría del riesgo profesional, el accidente o enfermedad serán producto del peligro o riesgo inherente a la industria que desarrolla el empleador, por lo que este siempre deberá resarcir los daños generados, sin importar la conducta del trabajador.

Sin embargo, y contrariamente a los deseos del profesor Manzanilla, la legislación actual no prevé este sistema. Así, la regulación sobre la seguridad y salud en el trabajo, hoy en día su más reciente innovación: la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783 (en adelante, LSST) y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 005-2012-TR, establecen criterios distintos a los de la teoría del riesgo profesional.

5. Los criterios de imputación actuales en materia de responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales

Como se puede apreciar del artículo 53 de la LSST, “el incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales”.

El deber de prevención del empleador, de acuerdo a la misma LSST, se entiende como la obligación de establecer

“los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. Debe considerar factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral”.

Ahora bien, el Reglamento de la LSST, especificando el tipo de responsabilidad del empleador en esta materia, señala en su artículo 94 que

“para efecto de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley, la imputación de la responsabilidad al empleador por incumplimiento de su deber de prevención requiere que se acredite que **la causa determinante del daño es consecuencia directa de la labor**

desempeñada por el trabajador y del incumplimiento por parte del empleador de las normas de seguridad y salud en el trabajo” (el énfasis es nuestro).

Nótese que los artículos relativos a la responsabilidad del empleador no emplean ni los criterios de “culpa”, ni de “negligencia”, por parte del empleador. Sin embargo, limitan la responsabilidad al “incumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo”. Con ello tenemos un primer alejamiento a la teoría del riesgo profesional o la teoría de la responsabilidad objetiva.

Yendo más allá, podríamos señalar que hablar de “incumplimiento de obligaciones” es, en realidad, hablar de negligencia. Por ejemplo, si es que el empleador no cumplió con otorgar todos los implementos de seguridad para que el trabajador pueda subir al quinto piso de un edificio y, luego, el trabajador sufre un accidente producto de la omisión (falta de otorgar los implementos de seguridad y salud en el trabajo), estamos en realidad ante un supuesto de omisión por negligencia. Siendo ello así, podemos concluir que nuestra legislación ha consagrado a la responsabilidad subjetiva como criterio de imputación. Sin embargo, no es cualquier tipo de responsabilidad subjetiva, pues para que esta se configure solo se requiere la comprobación de la negligencia, mas no necesariamente de la culpa.

Ahora bien, como anota Luque, el imperio de la responsabilidad subjetiva del empleador en materia de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales, ha tenido un proceso de “objetivación” con dos factores específicos. En primer lugar, la inversión de la carga de la prueba⁽¹⁸⁾, mediante la cual el empleador deberá probar su falta de diligencia y ya no el trabajador, han generado que, en algunos supuestos, “esta inversión se extrema al rigor de la diligencia requerida, hasta tal punto que en ocasiones solo la concurrencia de caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima impiden la imputación de dicha responsabilidad, pudiéndose afirmar que nos encontramos ante una responsabilidad cuasi-objetiva”⁽¹⁹⁾.

(18) Un análisis más detallado sobre las nuevas reglas de la carga de la prueba en la legislación española pueden revisarse en el siguiente trabajo: IGARTUA MIRÓ, María Teresa. “Carga de la prueba en responsabilidad por accidentes de trabajo y enfermedad profesional y tutela de la seguridad y salud en el trabajo en España”. En: *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Volumen 2, Nº 2, Revista editada por la ADPT University Press. 2014.

(19) LUQUE, Manuel. Ob. cit., 70.

Al respecto, debe anotarse que la inversión de la carga de la prueba en España se ha realizado de manera jurisprudencial. En nuestro país, tal regla no ha sido recogida en nuestra legislación, salvo el artículo 1329 del Código Civil, el cual señala que: “Se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor”. Sin embargo, no hay una mención específica a la carga de la prueba en el caso de la negligencia. Inclusive, en el caso del dolo o culpa inexcusable (supuestos distintos al anterior), es el acreedor (en este caso la víctima, que sería el trabajador) el que debe probar la presencia de estos elementos, de acuerdo al artículo 1330 del Código Civil.

Teniendo en cuenta lo anterior, queda entrar al análisis del deber de obediencia y el derecho de resistencia del trabajador con la finalidad de definir qué rol cumplen ambos elementos en la resolución de la pregunta planteada.

III. SEGUNDO CAPÍTULO: EL DEBER DE OBEDIENCIA, EL DERECHO DE RESISTENCIA Y SU RELACIÓN CON EL PROBLEMA PLANTEADO

Si bien toda relación laboral supone la subordinación del trabajador hacia su empleador, el ordenamiento ha previsto situaciones excepcionales, en las cuales aquel podrá oponerse a la orden dictada por este. Así pues, tenemos que la regla es que el trabajador siga las órdenes de su empleador (deber de obediencia), salvo en situaciones excepcionales, en las que podrá rechazar tales órdenes (derecho de resistencia). Estos elementos serán descritos en el presente capítulo.

1. El deber de obediencia

Con la finalidad de definir cuándo nos encontramos frente a una relación laboral⁽²⁰⁾, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia aceptan unánimemente que son tres los elementos configuradores de este tipo de relaciones: la prestación personal, la remuneración y la subordinación. Repárese en que es este último elemento el que diferencia a una relación laboral de

(20) La importancia de identificar la existencia de una relación laboral consiste en que ante su verificación, recaerá sobre el trabajador inmerso en aquella la protección del Derecho del Trabajo, es decir, los derechos, beneficios y demás componentes del sistema que se ha creado para equiparar la desigual situación que enfrentan los trabajadores con respecto a sus empleadores.

cualquier otro tipo de relación jurídica, pues si es que en la realización de una determinada actividad confluyeran los dos primeros, mas no el tercero, dicha relación no sería una de naturaleza laboral.

Sobre la subordinación, Javier Neves la define como el “vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción, de un lado, y dirección, del otro, son los dos aspectos centrales del concepto”⁽²¹⁾. Nótese que son dos los elementos que componen este concepto: (i) la facultad del empleador de dirigir la prestación del trabajador y (ii) la obligación de este de seguir las directrices de aquel⁽²²⁾. Mientras que el primer elemento es denominado el poder de dirección el segundo es denominado el deber de obediencia.

Con respecto al **contenido** del poder de dirección, la doctrina, tradicionalmente, ha entendido que esta es una situación jurídica de contenido complejo, pues está compuesta por tres facultades específicas: (i) la facultad de **dirigir** o **dictar** instrucciones generales o específicas respecto a la prestación del servicio del trabajador; (ii) como correlato del punto anterior, se reconoce la facultad de **controlar** y **fiscalizar** el cumplimiento del trabajador de las directrices establecidas; y, (iii) de constatarse el incumplimiento de tales obligaciones, se le reconoce al empleador la facultad de **sancionar** al trabajador por el incumplimiento detectado⁽²³⁾.

Tal descripción es también recogida en nuestra legislación, al señalarse en el artículo 9 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR⁽²⁴⁾ (en adelante, la LPCL) que el empleador “tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, **dictar** las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y **sancionar disciplinariamente**, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador” (énfasis agregado).

(21) NEVES Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, p. 15.

(22) CUEVA, Mario de la. *El nuevo Derecho mexicano del trabajo*. 5ª edición, Porrúa, México D.F., p. 203.

(23) Véase NEVES, Javier, Loc cit., p. 36 y VILLALÓN, Jesús. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos, Madrid, 2008. p. 163, entre otros.

(24) Promulgada el 21 de marzo de 1997.

Con respecto al deber de obediencia, Arce señala que este es “la otra cara de la misma moneda del poder de dirección. (...) Sobre el trabajador descansa el deber de cumplir las órdenes o instrucciones del empresario”⁽²⁵⁾.

Así las cosas, sobre el trabajador recae la obligación de seguir las órdenes que su empleador imparta. Esta es, en realidad, una de las obligaciones primarias de la relación laboral, pues justamente se contrata para recibir una prestación de servicios a cambio, la cual podrá ser dirigida de acuerdo a los criterios que el empleador determine⁽²⁶⁾. De esta manera, “atendiendo al carácter cardinal de este deber, se indica, por el contrario, que la desobediencia es la falta más grave dado que la relación de trabajo radica en la subordinación por lo que la violación a esta característica, el no acatar el trabajador las órdenes que recibe, constituye una falta imperdonable”⁽²⁷⁾.

Ahora bien, el hecho de que una de las obligaciones principales del trabajador sea el tener que seguir las órdenes impartidas por su empleador, no implica que aquel deba seguir todas las órdenes dictadas por este. Recordando lo establecido en el artículo 9 de la LPCL, el empleador deberá ejercer su poder de dirección enmarcado dentro de determinados **límites**: la razonabilidad de la medida. En ese sentido, un primer límite al poder de dirección es la razonabilidad de las medidas impartidas.

En segundo lugar, se encuentran los límites ligados a la prestación y condiciones del servicio pactadas inicialmente⁽²⁸⁾. El empleador no puede determinar que el trabajador realice cualquier tipo de actividad, sino solo aquella para la cual ha sido contratado, como tampoco puede establecer horarios y lugares diferentes a los que se fijaron inicialmente en el contrato de trabajo. La excepción a este primer límite es el denominado *ius variandi* o potestad del empleador de modificar unilateralmente las condiciones de trabajo de una relación laboral⁽²⁹⁾.

(25) ARCE, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo: desafíos y deficiencias*. Palestra, Lima, 2013, p. 495.

(26) DE LAMA, Manuel. “El *ius resistentie* frente al deber de obediencia. Una visión sustantiva y procesal”. Tesis para optar por el título de Magister en Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, p. 8.

(27) Ídem.

(28) NEVES, Javier. Ob. cit., p. 37.

(29) Para un análisis detallado de los límites al *ius variandi* del empleador, véase ARCE, Elmer. Loc. cit. pp. 456-477. y TOYAMA Jorge. “Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral”. En: *Soluciones Laborales*, Lima, 2008, pp. 219-245, donde se podrá observar dos importantes posturas respecto al tema en mención.

Un tercer límite identificado es aquel ligado al respeto por los derechos fundamentales del trabajador⁽³⁰⁾, en el marco del desarrollo de la relación laboral. Así, tenemos que el artículo 23 de la Constitución Política del Perú establece que “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”. De esta manera, el poder de dirección del empleador no podrá ser ejercido de manera irrestricta, pues deberá observar, en todos sus ámbitos de aplicación, los derechos fundamentales del trabajador.

Como se podrá notar, el ejercicio del poder de dirección que transgrede los límites aquí señalados implicará, en concreto, un ejercicio irregular de este derecho. Por tal razón, Arce señala que “el deber de obediencia acaba donde termina el ejercicio regular del poder de dirección del contrato de trabajo”⁽³¹⁾, siendo este el criterio compartido por la mayoría de la doctrina⁽³²⁾. Justamente frente a ese tipo de órdenes que hayan sido dictadas mediante un poder de dirección irregular, es que se concibe el derecho de resistencia del trabajador.

2. El derecho de resistencia

Como ya podrá inferirse, el derecho de resistencia consiste en la facultad del trabajador de, excepcionalmente, poder desobedecer las órdenes del empleador “que no se inscriban al ejercicio regular de las facultades directivas, ya sea por poner en peligro o menoscabar bienes, derechos o intereses del trabajador”⁽³³⁾.

Como se podrá notar, tanto el deber de obediencia como el derecho de resistencia se encuentran enteramente ligados. La regla es que el trabajador siga las órdenes de su empleador (deber de obediencia), sin embargo, el ordenamiento otorga a aquel la facultad excepcional de poder desacatar dichas órdenes si es que tales fueron emitidas de manera irregular (derecho de resistencia). Nótese que el ejercicio del derecho de resistencia es excepcional,

(30) Véase NEVES, Javier. Ob. cit., p. 37. y BLANCAS, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p. 107.

(31) ARCE, Elmer. Ob. cit., p. 495.

(32) Así, además del criterio expuesto por Arce, se puede encontrar a DE LAMA, Manuel. Loc. cit. p. 10; FABREGAT MONFORT, Gemma “La posición del trabajador ante las ordenes empresariales ¿ius resistentiae o solve et repete?”. En: *Revista de treball, economia i societat*. N° 27. Generalitat, Valenciana. Comité economic i social de la Comunitat Valenciana. Valencia, 2003, p. 5; VALVERDE, Antonio, GARCÍA, Joaquín y RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Fermín. *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid, 2009, p. 435, entre otros.

(33) DE LAMA, Manuel. Ob. cit., p. 16.

por lo que “solo cabría la resistencia en casos en los que **la instrucción es notoriamente irregular** por lo que su ejercicio debe darse con cautela dado que, de lo contrario, el empleador podrá activar su poder disciplinario por la desobediencia ilegítima”⁽³⁴⁾ (énfasis agregado).

Ahora bien, el hecho de que en nuestra propia legislación no haya una norma específica que reconozca el derecho de resistencia ha implicado que se genera una discusión sobre la forma de ejercer tal derecho. En concreto, podemos identificar dos posturas definidas en torno a qué hacer ante la orden irregular del empleador. Mientras que la primera apuesta por no acatar la orden irregular impartida, la segunda establece que el trabajador deberá acatar la orden y, luego, cuestionar tal medida en la vía judicial.

Asumir la segunda postura señalada parte del fundamento de que toda orden del empleador se presume legítima, por lo que romper dicha presunción implicará un cuestionamiento posterior al cumplimiento de tal orden. Al respecto, Neves señala que al no existir una regulación expresa sobre la materia, deberá optarse por la segunda postura siempre y cuando la orden reputada como irregular no implique la vulneración de derechos fundamentales. En ese caso, cabrá el desacato automático de la orden irregular⁽³⁵⁾.

Por otro lado, Arce señala que no hay ni una sola norma, en nuestro ordenamiento jurídico, que fundamente la presunción de legitimidad de las órdenes del empleador. Por tal razón, la falta establecida en el inciso a) del artículo 25 de la LPCL, que sanciona con el despido al trabajador que incumple las órdenes impartidas por su empleador, solo podría caber ante órdenes lícitas. De esta manera, cabría la posibilidad de resistirse o desacatar las órdenes regulares⁽³⁶⁾.

Ese criterio es compartido por De Lama, quien sostiene que “entender que nuestro ordenamiento jurídico establece la presunción de legitimidad absoluta de las órdenes empresariales implicaría sostener que el poder de dirección no tiene límites lo cual a su vez podría avalar una serie de arbitrariedades y perjuicios al trabajador al no tener la posibilidad de frenar oportunamente una disposición a todas luces irregular”⁽³⁷⁾.

(34) DE LAMA, Manuel. Ob. cit., p. 18.

(35) NEVES, Javier. Ob. cit., p. 33.

(36) ARCE, Elmer. Ob. cit., p. 490.

(37) DE LAMA, Manuel. Ob. cit., p. 22.

Empleando los criterios citados en este punto al caso que estamos estudiando, podemos señalar que ambas posturas permitirían que el trabajador pueda ejercer su derecho de resistencia ante órdenes que pongan en peligro su vida, salud o integridad. Así pues, recordemos que Neves entiende que el trabajador sí podrá desacatar aquellas órdenes que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores. Por su parte, las posturas de Arce y De Lama, al otorgar un mayor reconocimiento al ejercicio de dicho derecho, también permitirían que el trabajador no acate las órdenes del empleador que pongan en riesgo su vida, salud e integridad. Teniendo en cuenta lo mencionado, corresponde entrar a la resolución de la pregunta planteada en este trabajo de investigación.

IV. TERCER CAPÍTULO: ¿LA FALTA DE EJERCICIO DEL DERECHO DE RESISTENCIA ANTE ÓRDENES QUE PONGAN EN RIESGO LA VIDA, SALUD E INTEGRIDAD DE LOS TRABAJADORES EXIME DE RESPONSABILIDAD AL EMPLEADOR?

Luego del recuento que hemos hecho en los dos capítulos anteriores, consideramos pertinente definir qué escenarios podrían presentarse frente a una orden del empleador que ponga en riesgo la vida, salud e integridad de los trabajadores.

1. Los distintos escenarios y la delimitación del supuesto planteado

Recordemos el ejemplo que planteamos en la introducción de esta investigación: supongamos que un empleador ordena a un trabajador que limpie las lunas del quinto piso de un edificio sin otorgarle las medidas de seguridad adecuadas. El trabajador, quien acata tal orden, sube al quinto piso y, mientras limpia las lunas, sufre un percance y cae hasta el último piso. ¿Debe el empleador responder por los daños generados producto del accidente de trabajo?

Al respecto, consideramos que pueden presentarse distintos escenarios en función del grado de incidencia en el accidente que las actuaciones de ambas partes hayan tenido. Así pues, tenemos, por un lado, (i) el incumplimiento del empleador de otorgar los implementos de seguridad al trabajador y, por otro, (ii) la actuación del trabajador de cumplir con la orden impartida por el empleador. Veamos el siguiente cuadro:

Supuesto	Incidencia del incumplimiento del empleador	Incidencia de la conducta del trabajador
1	No influyó directamente en el accidente.	No influyó directamente en el accidente.
2	No influyó directamente en el accidente.	Sí influyó directamente en el accidente.
3	Sí influyó directamente en el accidente.	Sí influyó directamente en el accidente.
4	Sí influyó directamente en el accidente.	No influyó directamente en el accidente.

En el primer supuesto, tenemos que ninguna de las conductas influyó directamente en el accidente. Supongamos que el empleador no reparó los frenos de uno de los carros que los choferes de la empresa manejan. Sin embargo, mientras el chofer maneja el carro, una persona, en total estado de ebriedad, choca directamente el carro y se genera el accidente. Como se podrá notar, ni el incumplimiento del empleador ni la conducta del trabajador incidieron directamente en el accidente de trabajo. Este supuesto no es el estudiado en este trabajo de investigación.

En el segundo supuesto, el empleador no otorgó los implementos de seguridad, pero la causa del accidente no tuvo que ver con tal incumplimiento, sino, solo con la conducta del trabajador. Este es el denominado accidente por “causa exclusiva⁽³⁸⁾” del trabajador. Piénsese en el caso en el que un trabajador muere electrocutado en un lugar cerca al centro de operaciones del empleador. Si tal día, el empleador no cumplió con enviar a un supervisor de seguridad y salud en el trabajo al centro de operaciones, ello no incidió directamente en la ocurrencia del accidente, pues, al final, el trabajador salió del lugar donde debía trabajar y se movilizó hacia otro, que no dependía del empleador y no se encontraba dentro de su margen de control. En estos casos, la causa de la accidente radica en la conducta misma del trabajador.

En el tercer supuesto, ambas conductas: el incumplimiento del empleador y la conducta del trabajador son causantes del accidente de trabajo. Piénsese en el ejemplo que hemos venido manejando: el empleador ordena a trabajador que suba al quinto piso de un edificio para que limpie sus lunas, pero no le otorga un arnés al trabajador. Así, el trabajador, luego de temerariamente tratar de limpiar las lunas, calcula mal y cae hasta el primer piso. En ese caso, ambas conductas son las causantes del accidente de

(38) GORELLI, Juan. *Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales*. Tecnos, Madrid, 2006. p. 90.

trabajo. Estos casos son los denominados accidentes de trabajo por “concurrencia de culpa⁽³⁹⁾”.

En el cuarto supuesto, solo el incumplimiento del empleador origina el accidente de trabajo. Supongamos que el empleador no cumplió con arreglar los frenos de uno de los carros que los choferes de la empresa manejan. Si es que el chofer no tenía forma de conocer el mal estado del carro y el accidente se produjo por la falla de los frenos, en realidad, la causa del accidente radica en el incumplimiento del empleador pues el chofer se encontraba en un estado de desconocimiento. Si se analiza con detenimiento la pregunta planteada en esta investigación, podrá llegarse a la conclusión de que de los supuestos presentados en este punto, solo el 3 está ligado directamente a esta.

En el primer caso estaríamos frente a lo denominado “hecho por un tercero”, cuyas reglas eximen de responsabilidad al empleador. En el segundo supuesto, en tanto la actuación del empleador no fue la causa del accidente, no se configuraría el supuesto de hecho regulado en el artículo 93 del Reglamento de la LSST, toda vez que el incumplimiento no fue la causa del infortunio. En el cuarto supuesto, queda claro que si el trabajador no tuvo que ver con la realización del accidente o enfermedad, pues será el empleador quien deberá responder.

Sin embargo, en los casos de los accidentes o enfermedades denominados “concurrencia de culpa”, sí nos encontramos ante el problema que se plantea en nuestra pregunta: el incumplimiento del empleador junto con la actuación del trabajador son los causantes del accidente o enfermedad. Habiendo aclarado esto, cabe resaltar que nos centraremos en el análisis del tercer supuesto identificado en este punto.

2. La aplicación del artículo 1327 del Código Civil al caso planteado y la supletoriedad del Derecho Civil al Derecho del Trabajo

Teniendo en cuenta que la responsabilidad que nuestra legislación ha regulado para los casos de infortunios laborales es de carácter subjetiva (conforme se ha visto en el Primer Capítulo), cabe preguntarse si es de aplicación supletoria el artículo 1327 del Código Civil al problema que nos hemos planteado en esta investigación. Según Neves, “En la relación de supletoriedad tenemos la norma uno, a la que por ser especial le corresponde regular

(39) *Ibíd.*, p. 91.

un hecho pero no lo hace, denominada suplida, y la norma dos, de carácter general, que sí contiene regulación para el hecho, llamada supletoria”⁽⁴⁰⁾.

La supletoriedad puede darse en dos casos: entre una norma del Derecho Laboral y otra perteneciente a otro derecho o entre dos normas del mismo Derecho Laboral. El caso que nos ocupa es el primero, pues se plantea extraer la figura de la exención de responsabilidad del deudor por negligencia del acreedor. La remisión que hace el Derecho Laboral a la aplicación supletoria de otras normas es expresa y, a decir de Neves, tendrá cabida siempre y cuando no se oponga a la naturaleza del Derecho Laboral⁽⁴¹⁾.

El citado autor menciona otro presupuesto: que los ordenamientos no abandonen su situación ordinaria y adopten una extraordinaria. Es decir, que el derecho laboral regule situaciones entre iguales y que el derecho civil, a su vez, regule situaciones entre desiguales. Sin embargo, lo que sí es permitido es que los dos ordenamientos opten por una misma perspectiva. Por ejemplo, que solo el derecho civil genere la variación extraordinaria hacia la regulación de condiciones entre desiguales. En ese caso, la supletoriedad sí es aplicable.

Por otro lado, Carlos Molero identifica a la supletoriedad como “la aplicación en segundo grado de normas distintas a las que regulan principalmente un determinado supuesto de hecho, para perfeccionar las previsiones de la principal”⁽⁴²⁾. Para Molero, la aplicación supletoria no es un principio, sino un mero procedimiento el cual tendrá lugar solo cuando se hayan agotado todas las alternativas en el primer ordenamiento, pues la norma aplicada supletoriamente es de *segundo grado*.

Un punto que agrega Molero sobre este tema es que deben existir normas que regulen los supuestos, pero que no hayan establecido una determinada consecuencia para uno de ellos. Es decir, las normas deben existir, de lo contrario, se estaría ante un método de integración jurídica.

En nuestro caso, es claro que la legislación sobre seguridad y salud en el trabajo, si bien no regula todo un régimen de responsabilidad, sí tiene disposiciones sobre la materia, por lo tanto, podríamos afirmar que sí existen normas que regulan los supuestos, mas no han establecido disposiciones

(40) NEVES, Javier. Ob. cit., p. 154.

(41) Recordemos la naturaleza tuitiva del derecho laboral destinada a proteger al trabajador.

(42) MOLERO, Carlos. *La supletoriedad en el derecho del trabajo*. Institutos de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 34.

sobre todos los aspectos que se pretenden aplicar de manera supletoria. Teniendo ello en cuenta, por lo menos formalmente, sí cabría aplicar supletoriamente las disposiciones del artículo 1327 del Código Civil.

Por último, solo queda señalar los requisitos que, según Molero, deben existir para la aplicación supletoria de las normas de derecho común (en este caso el Derecho Civil) al Derecho Laboral:

1. Existencia de una norma incompleta: las normas de seguridad y salud en el trabajo.
2. Agotamiento de la aplicación de la norma principal: no hay regulación sobre la materia específica (supuestos de irresponsabilidad).
3. Existencia de una norma distinta que resulte aplicable al punto controvertido: el artículo 1327 del Código Civil.
4. Aplicación de la norma supletoria, siempre en segundo grado y respetando los principios específicos en cuanto a fuentes se refiere, de los derechos especiales: este punto queda por analizar.

Los tres primeros puntos son cumplidos en el presente caso, sin embargo, el cuarto, relativo a la colisión con los principios de la rama a la que pertenece la norma suplida, sí encuentra ciertos reparos con el caso que hemos planteado en este trabajo.

3. La equiparación de la falta de ejercicio del derecho de resistencia con la negligencia

Bajo nuestro punto de vista, aplicar el artículo 1327 del Código Civil a los infortunios laborales implicaría reconocer, en cierta medida, que la falta de ejercicio del derecho de resistencia conlleva a un actuar negligente.

Usualmente, cuando los empleadores pretenden librarse de este tipo de indemnizaciones, alegan que si bien no otorgaron los implementos de seguridad a sus trabajadores, estos tenían la posibilidad de no trabajar ejerciendo su derecho de resistencia, cosa que no ocurrió. Por lo tanto, ellos mismos se expusieron al riesgo, lo que, posteriormente, generó el accidente o enfermedad ocupacional. Al respecto, consideramos que deben tenerse en cuenta tres elementos para evaluar si es que la falta de ejercicio del derecho de resistencia implica un actuar negligente.

En primer lugar, la forma de ejercer el derecho de resistencia, como hemos dicho, ha sido materia de discusión. Si bien podríamos señalar que

hay una posición mayoritaria en la doctrina, ello no exime de que, en la actualidad, hay un margen de duda sobre cómo se ejerce tal derecho. Por tal razón, bien podrían creer los trabajadores que el ejercicio de tal derecho se realiza luego de acatar la orden impartida por el empleador, cuestionándola judicialmente. En ese escenario, el ejercicio del derecho de resistencia no implicaría el desobedecer las órdenes inmediatamente, sino, un cuestionamiento posterior, por lo que no podría equipararse a un actuar negligente.

En segundo lugar, si es que se opta por la segunda postura sobre el modo de ejercer el derecho de resistencia, cabe preguntarse si es que el ejercicio de tal derecho es tan sencillo como se plantea o, en realidad, existen determinadas consideraciones que influyen a la hora de no acatar una orden irregular e injusta.

Recordemos pues que una de las principales razones del origen del Derecho Laboral es la desigual situación que enfrentan los trabajadores respecto de sus empleadores. Tal situación de desigualdad ha tratado de ser nivelada mediante la creación de una serie de normas y principios que buscan equiparar la posición de desventaja de los trabajadores y tutelar su dignidad⁽⁴³⁾.

Tengamos en cuenta que cuando el artículo 1327 señala que el deudor no será responsable cuando el acreedor haya actuado de manera negligente, está en el supuesto en el que el acreedor tiene las condiciones para actuar de manera diligente, esto es, obrar de manera adecuada sin poner en riesgo sus propios derechos. Preguntémonos, ¿qué tan probable resulta que un trabajador “ejerza su derecho de resistencia” ante las órdenes irregulares del empleador? ¿Tiene realmente las condiciones necesarias para ejercer ese derecho sin temor a represalias?

¿Qué sucede cuando un trabajador deja de seguir las órdenes de su empleador? Pues, básicamente, no trabaja. Así pues, el trabajador que ejerce su derecho de resistencia solo podrá volver a trabajar cuando el empleador otorgó los implementos de seguridad para la labor encomendada. ¿Y si no entrega los implementos? Pues el trabajador debería seguir ejerciendo su derecho de resistencia. De esa manera, si es que consideramos que el trabajador puede ejercer tranquilamente su derecho de resistencia (como lo supone el artículo 1327 del Código Civil), tendría sentido sostener que no

(43) ERMIDA, Oscar. “Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y No Discriminación”. En: *Boletín del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*. N° 23, 2013. <http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_23/doc_boletin_23_01.pdf>.

ejercerlo podría considerarse un actuar negligente o una exposición al peligro que se pudo evitar.

Sin embargo, ello no es así. El mismo De Lama, al desarrollar las principales dificultades de ejercer tal derecho, identifica tres elementos fundamentales: “En efecto son por lo menos tres los factores que hacen del ejercicio del *ius resistentiae* una decisión riesgosa.

1. En primer lugar, la ausencia de un verdadero criterio delimitador de la regularidad de la orden empresarial;
2. En segundo lugar, que en la práctica los tribunales sean más favorables a la aplicación del *solve et repete*⁽⁴⁴⁾ que al *ius resistentiae*;
3. En tercer lugar, el posible despido disciplinario con el que puede ser sancionado por desobedecer ‘erróneamente’ una orden empresarial regular o una irregular que, a pesar de serlo, no es, a juicio del juez, de tal relevancia como para justificar su obediencia”⁽⁴⁵⁾.

Teniendo ello en cuenta, la situación en la que se encuentra el trabajador y la –falta de– regulación del derecho de resistencia implicarían un ejercicio bastante complicado de tal derecho. Siendo ello así, no podemos identificar la falta de ejercicio de este derecho con un actuar negligente del trabajador.

Así pues, existe el riesgo de que el trabajador sea despedido por no acatar la orden irregular. Si bien posteriormente podrá lograr una reposición (si es que se opta por el criterio de ejercicio del derecho de resistencia consistente en desobedecer la orden), es un riesgo que no necesariamente los trabajadores deberían asumir. Así pues, estos internalizan tal riesgo (suman el costo y tiempo del proceso y las consecuencias derivadas de la pérdida de empleo) y llevan a la situación en la que prácticamente deberán acatar la orden. Esto último nos permite entrar a un punto adicional que veremos mencionar en este trabajo: los incentivos y desincentivos para aumentar las medidas de prevención de las partes.

(44) El término *solve et repete* es un aforismo latino que implica “paga y luego reclama”. Justamente De Lama sostiene que los tribunales peruanos tienen una tendencia a aplicar el modo de ejercicio del derecho de resistencia realizado luego de acatar la orden.

(45) DE LAMA, Manuel. Ob. cit., 68.

4. Estableciendo una regla que contribuya con el aumento de las medidas de prevención de las partes

Como mencionamos en el Primer Capítulo, las reglas para determinar qué criterio de imputación se emplean son analizadas en el *juicio de responsabilidad*.

El gran debate en este punto se ha planteado sobre qué tipo de criterio imputar: subjetivo u objetivo. En nuestro ordenamiento, la responsabilidad derivada de infortunios laborales es subjetiva, ello no está en duda. Sin embargo, somos de la postura de que aplicar a raja tabla el artículo 1327 del Código Civil rompe con ese esquema y, a la vez, genera un desincentivo para los empleadores en el aumento de las medidas de prevención para evitar situaciones potencialmente dañosas.

Pongámonos en este supuesto: si es que se acepta la aplicación absoluta del artículo 1327 del Código Civil al caso de los infortunios laborales, ¿qué incentivos tendrían los empleadores para cumplir con las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo? Si el empleador sabe que se eximirá de responsabilidad en los casos en los que no otorgó los implementos de seguridad adecuados, pero el trabajador igual acató la orden sin ejercer el derecho de resistencia, ¿tendrá algún incentivo real para seguir cumpliendo con las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo?

Absolutamente no. Al contrario, si es que sabe que no será responsable a pesar de no haber cumplido con dichas obligaciones, pues la falta de ejercicio de resistencia es equiparable a un actuar negligente, no tiene incentivo alguno para aumentar las medidas de prevención adecuadas y cumplir con tales obligaciones.

Sin embargo, si es que dejamos de equiparar la falta de ejercicio del derecho de resistencia con un actuar negligente, el empleador responderá ante los infortunios laborales generados producto de su incumplimiento y de la conducta del trabajador. Al final, nótese que es el empleador el que está en mejor posibilidad de prevenir la ocurrencia de los daños a un menor coste⁽⁴⁶⁾.

(46) Esta es la aplicación de la teoría del *cheapest cost avoider*, planteada por Guido Calabresi, que sirve justamente para otorgar la responsabilidad a quien se encuentra en mejor posición de asumir los costos de las medidas de prevención. Para un desarrollo más profundo de esta teoría véase CALABRESI, Guido. *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Editorial Ariel S.A, Barcelona, 1984. p. 349.

De esta manera, si lo que el sistema desea al final es que ambas partes aumenten sus medidas de prevención para evitar la ocurrencia de situaciones dañosas (cultura de prevención), en el caso en concreto que hemos planteado, lo más adecuado será dejar de equiparar la falta de ejercicio de resistencia con actuaciones negligentes que eximan de responsabilidad a los empleadores.

Como hemos mencionado en el punto 1 de este Tercer Capítulo, estas consideraciones son aplicable sal tercer supuesto planteado en el esquema desarrollado. En el resto de casos, las consideraciones podrían ser otras, como por ejemplo, cuando el accidente se deba exclusivamente a la culpa del trabajador. En esos casos, no tendría cabida –ni sería jurídicamente posible– otorgarle la responsabilidad al empleador. Por tal razón, el análisis planteado en este punto es solo de aplicación al tercer supuesto descrito anteriormente, esto es, el caso de los infortunios originados por la “conurrencia de culpas”.

Ahora bien, si es que se establece que los empleadores responderán aun cuando los trabajadores no ejercieron el derecho de resistencia, ¿descuidamos de alguna manera los incentivos para que los trabajadores también aumenten sus medidas de prevención? De ninguna manera. Lo que proponemos en este trabajo es que no se equipara la falta de ejercicio del derecho de resistencia a los casos de actuaciones negligentes para evitar que los empleadores no sean responsables. Pero si en el mismo accidente confluyen otras acciones de los trabajadores que sí fueron negligentes (distintas a la falta de ejercicio del derecho de resistencia), será de aplicación la atenuación del resarcimiento que se establece para estos casos. De esta manera, los trabajadores continuarían teniendo un incentivo para seguir aplicando sus medidas de prevención⁽⁴⁷⁾.

V. CONCLUSIONES

Luego del análisis desarrollado en el presente trabajo, hemos arribado a las siguientes conclusiones:

(47) La propuesta planteada en este punto es respaldada por el profesor de la Universidad de Chile, Luis Lizama quien sostiene que una regla más eficiente para poder prevenir la ocurrencia de accidentes de trabajo es aquella en la que se impute los costos de los mismos al sujeto más idóneo para evitarlos, esto es, al empleador. LIZAMA, Luis. “El Análisis Económico del Derecho y la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales”. En: *Revista Derecho y Humanidades*. N° 100, Santiago, 2004, p. 97.

- La responsabilidad civil del empleador derivada de los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales presenta rasgos diferenciadores respecto del régimen general de responsabilidad civil regulado en el Código Civil.
- Un primer acercamiento fue la aplicación de la teoría del riesgo profesional en nuestro país, que implicaba otorgar la responsabilidad al empleador en todos los casos, prescindiendo de la actuación diligente o no de los trabajadores.
- Sin perjuicio de ello, nuestra legislación actual ha determinado una regla de responsabilidad subjetiva, según la cual solo se responderá cuando la causa del accidente o la enfermedad ocupacional sea el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo del empleador.
- Por otro lado, el deber de obediencia como correlato del poder de dirección, es una obligación primaria de los trabajadores, la cual implica seguir las órdenes que los empleadores hayan impartido. Sin embargo, en los casos en los que las órdenes se tornen irregulares, los trabajadores podrán ejercer su derecho de resistencia.
- Sobre la forma de ejercicio de tal derecho, se plantearon dos posturas: la primera apuntaba a señalar que este se ejercía luego de acatar la orden irregular. La segunda apuesta por otorgar la posibilidad de desobedecer la orden, es decir, no cumplirla.
- Nuestra doctrina opina, desde los autores que hemos seguido en esta investigación, que para el caso que nos hemos planteado (norma irregular que afecta derechos fundamentales), cabe la posibilidad de desacatar la orden impartida. Sin perjuicio de ello, no consideramos que el no ejercicio del derecho de resistencia, esto es, no desacatar la orden que obliga a realizar una labor sin mediar los implementos de seguridad adecuados, sea equiparable a un actuar negligente que exima de responsabilidad al empleador.
- En primer lugar, el artículo 1372 del Código Civil presupone que las partes tienen total libertad para actuar de manera

“diligente” y no exponerse al riesgo. Sin embargo, la relación asimétrica que tienen los trabajadores no les permiten un ejercicio “sencillo” del derecho de resistencia. Peor aún si se tiene en cuenta que los Tribunales laborales no han optado necesariamente por la postura que reconoce que el derecho de resistencia puede ser ejercido como desacato a la orden.

- Asimismo, la falta de regulación expresa deja un grado de incertidumbre que dificulta la aplicación de dicho derecho. De esta manera, los trabajadores asumen que a pesar de que su derecho de resistencia pueda ser bien ejercido, existen riesgos que implicarían que no necesariamente tal derecho vaya a ser respetado e, incluso, existirían represalias contra dicho ejercicio.
- Así pues, los trabajadores internalizan los costos de un posterior proceso de reposición (tiempo y costes derivados de la pérdida de empleo) y podrían asumir simplemente acatar la orden. En ese sentido, una regla como tal estaría llevando a que los trabajadores tengan que exponerse constantemente al riesgo y, al contrario, desincentiva que los empleadores aumente sus medidas de prevención pues al final no responderían por tal incumplimiento.
- De esta manera, equiparar la falta de ejercicio del derecho de resistencia con un actuar negligente, no contribuye con generar los incentivos adecuados para que los empleadores aumenten sus medidas de prevención. Al contrario, si es que tales conceptos son separados, los empleadores sí responderán por el incumplimiento realizado y, por lo tanto, sí tendrán los incentivos para adoptar las medidas preventivas.
- Con esta regla no se descuida la generación de incentivos para los trabajadores, pues solo se plantea diferenciar la falta de ejercicio del derecho de resistencia del actuar negligente. Así las cosas, si se observa que en la producción del accidente o enfermedad hubo otras acciones que sí fueron negligentes por parte del trabajador (estado de embriaguez, por ejemplo), cabrá la reducción de la indemnización establecida para estos casos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARCE, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo: desafíos y deficiencias*. Palestra. Lima, 2013.

BLANCAS, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.

BUEN, Nestor de. “La responsabilidad en el derecho del trabajo”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México*. N° 49, Año XVII, 1984.

CALABRESI, Guido. *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Editorial Ariel S.A, Barcelona, 1984.

CAMPOS, Héctor. “El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano: reflexiones iniciales sobre los alcances del artículo 1971 del Código Civil peruano y la afirmación de la responsabilidad civil en el ejercicio regular de un derecho”. En: *Ius Et Veritas*. N° 45, p. 212.

CUEVA, Mario de la. “*El nuevo derecho mexicano del trabajo*”. 5ª edición, Porrúa, México D.F., 1977.

DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. PUCP Editorial, Lima, 2012.

DE LAMA, Manuel “*El ius resistentie frente al deber de obediencia. Una visión sustantiva y procesal*”. Tesis para optar por el título de Magister en Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.

ERMIDA, Oscar. “Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y no Discriminación”. En: *Boletín del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*. N° 23, 2013. <http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_23/doc_boletin_23_01.pdf>.

FABREGAT MONFORT, Gemma. “*La posición del trabajador ante las ordenes empresariales èius resistentiae o solve et repete?*”. En: *Revista de treball, economia i societat*. N° 27. Generalitat, Valenciana. Comité economic i social de la Comunitat Valenciana. Valencia, 2003.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica”. En: *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* UPC, Lima, 2001, pp. 283-340.

GERALDO, Sebastião. “*Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*”. Editora LTR Sao Paulo. Sao Paulo, 2013.

GORELLI, Juan. *Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales*. Tecnos, Madrid, 2006.

HUANCAHUARI, Simeón “*Prevención e indemnización por accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales*”. Grijley. Lima, 2011.

IGARTUA MIRÓ, María Teresa. “Carga de la prueba en responsabilidad por accidentes de trabajo y enfermedad profesional y tutela de la seguridad y salud en el trabajo en España”. En: *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Volumen 2, N° 2, Revista editada por la ADPT University Press, 2014.

LIZAMA, Luis. “El Análisis Económico del Derecho y la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales”. En: *Revista Derecho y Humanidades*. Santiago, 2004.

LUQUE, Manuel. *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*. Consejo Económico Social, Madrid, 2002.

MONATERI, Giuseppe. “Funciones y criterios de la responsabilidad civil”. En: *Tratado de Derecho Civil*. Coordinador: Rodolfo Sacco. UTET, Turín, 1998. p. 20.

MOLERO, Carlos. *La supletoriedad del derecho común en el derecho del trabajo*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

NEVES, Mujica. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.

RAMÍREZ, Cesar. “*Seguridad Industrial. Un enfoque integral*”. Limusa, México, 2005.

TOYAMA, Jorge. *Los contratos de trabajo*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008.

UGAZ, Mauro y SOLTAU, Sebastián. “Implicancias de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo”. En: *Derecho & Sociedad*. N° 37, Año 22, 2011.

VALVERDE, Antonio; GARCÍA, Joaquín y RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Fermín. *Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid, 2009, p. 435.

VASQUEZ, Antonio. *La responsabilidad en el derecho del trabajo*. Astrea, Buenos Aires, 1988.

LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO A PARTIR DEL ARBITRAJE POTESTATIVO: UN BALANCE GENERAL

Juan Carlos Girao La Rosa⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2011, con la publicación del Decreto Supremo N° 014-2011-TR se adiciona al Decreto Supremo N° 011-92-TR, Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, el artículo 61-A, por medio del cual se establecen los supuestos en los cuales procede el arbitraje potestativo.

Desde la publicación de dicha norma, las relaciones colectivas de trabajo han cambiado. El número de arbitrajes laborales incrementó exponencialmente y, a la fecha, podemos decir, sin lugar a dudas, que es una de las formas heterocompositivas más efectivas para la solución de conflictos laborales económicos.

Han pasado tres años desde la publicación del Decreto Supremo N° 014-2011-TR y, por ello, el presente artículo tiene como objetivo realizar un balance general de la figura del arbitraje potestativo. En ese sentido, dividimos el análisis en cuatro capítulos.

El primero analizará la naturaleza del arbitraje potestativo. En este apartado haremos referencia a las distintas posturas que han existido al

(1) Egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segundo Puesto del Concurso de Investigación Universitaria de la SPDTSS (2014).

respecto desde el 2011 y, además, analizaremos el pronunciamiento que el Poder Judicial emitió el año pasado en la acción popular iniciada en contra del Decreto Supremo N° 014-2011-TR, así como el pronunciamiento que el Tribunal Constitucional ha emitido este año con relación a este tema.

El segundo capítulo está dedicado a un análisis de los laudos laborales emitidos desde el año 2011 hasta la fecha. Para estos efectos hemos analizado, aproximadamente, treinta (30) laudos y, a partir de ellos, evaluaremos los criterios de resolución que se han adoptado para determinar la procedencia del arbitraje potestativo (en primera negociación y por actos de mala fe). Asimismo, haremos referencia a cómo se han venido resolviendo las cuestiones económicas en sede arbitral (criterios de atenuación de propuestas y fijación de montos).

En el tercer capítulo haremos referencia de cómo, a raíz de la publicación del Decreto Supremo N° 014-2011-TR, las relaciones colectivas de trabajo han cambiado para las partes involucradas (empleador y organizaciones sindicales) durante una negociación colectiva.

Finalmente, en el último capítulo, realizaremos un análisis del arbitraje laboral colectivo en otros ordenamientos jurídicos. Analizaremos la regulación existente en España y Chile respecto a los arbitrajes laborales que resuelven conflictos de trabajo colectivos.

II. CAPÍTULO 1: NATURALEZA DEL ARBITRAJE POTESTATIVO

Con la publicación del Decreto Supremo N° 014-2011-TR se reavivó la discusión respecto a la naturaleza del arbitraje potestativo. Recordemos que años atrás, en el 2009, con la sentencia que el Tribunal Constitucional emitió en el Expediente N° 03561-2009-PA/TC (en adelante, caso Portuarios), esta discusión también se presentó.

Han existido, principalmente, dos posturas con relación a este tema.

Por un lado, para un sector, el arbitraje potestativo ya se encontraba regulado en el artículo 61 de la LRCT y, por dicha razón, el Decreto Supremo N° 014-2011-TR no ha creado una figura nueva, sino, por el contrario, solo ha especificado supuestos especiales de procedencia.

Por otro lado, para otro sector, el arbitraje previsto en el artículo 61 de la LRCT no es un arbitraje potestativo, sino voluntario. Según esta postura, el arbitraje potestativo constituye forma de arbitraje obligatorio y, por lo tanto, su utilización debe ser excepcional.

A continuación, exponemos los fundamentos que se han utilizado para defender cada una de las posturas citadas. Asimismo, analizaremos los pronunciamientos emitidos por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional respecto a la naturaleza del arbitraje potestativo.

1. Arbitraje “naturalmente” potestativo

Para un gran sector de la doctrina, el arbitraje potestativo se encuentra regulado en el artículo 61 de la LRCT y, por lo tanto, no es una figura creada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni por el Decreto Supremo N° 014-2011-TR.

El arbitraje potestativo, según esta postura, es una forma de solución de conflictos laborales válida, cuyo uso no es excepcional y, por lo tanto, no está limitado a los supuestos previstos en el Decreto Supremo N° 014-2011-TR.

Para arribar a la conclusión que señalamos se parte de una interpretación sistemática de los artículos 61 al 63 de la LRCT. Blancas señala al respecto:

“Otra característica del arbitraje en la negociación colectiva, es que, como resultado de la interpretación sistemática de las normas de la ley (arts. 61 a 63), especialmente la correlación entre los artículos 61 y 63, aquel **se configura como un arbitraje ‘potestativo’**, en el sentido de que la decisión de someter el conflicto al arbitraje corresponde a los trabajadores, debiendo en tal caso el empleador someterse a dicho procedimiento, sin tener la facultad de oponerse a negarse, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 63”⁽²⁾ (énfasis agregado).

En el mismo sentido se ha pronunciado Pasco, cuando señala:

“La figura [en referencia al arbitraje regulado en la LRCT] **se asemeja mucho más al arbitraje obligatorio**, y ha sido denominada como arbitraje potestativo en la medida en que confiere

(2) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

a una de las partes o a ambas la potestad de arrastrar la decisión ajena con la propia. Así acontece en el sistema mexicano, que define el arbitraje como potestativo para los trabajadores pero obligatorio para los patrones. **La LRCT peruana se inclina por una modalidad similar, lo cual es corroborado por su Reglamento**⁽³⁾ (énfasis agregado).

Si bien a través del arbitraje potestativo, una de las partes somete a la otra al arbitraje, resulta pertinente la precisión que realizan Boza y Aguinaga respecto a que ello no debe llevarnos a equiparar tal figura con la de un arbitraje obligatorio:

“Se suele confundir el arbitraje unilateral o potestativo con el obligatorio, porque no existe el consenso de las partes, sino únicamente la decisión (vinculante) de una de ellas al momento de someter la controversia a un tercero. Pero la diferencia sustancial consiste en que el arbitraje obligatorio es impuesto indefectiblemente a las partes cuando el conflicto no ha sido resuelto por ellas mismas, mientras que en el arbitraje unilateral o potestativo no hay una imposición automática, porque siempre queda la posibilidad de que la parte facultada para someter el conflicto a un tercero no lo haga. ¿Es este último tipo de arbitraje el que ha sido recogido por la LRCT? Consideramos que sí, y es más, creemos que se trata de una posición con claro sustento constitucional”⁽⁴⁾ (énfasis agregado).

Para esta postura, el fundamento normativo del arbitraje potestativo lo encontramos en el artículo 28.2 de la Constitución, el cual establece que el Estado fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales:

“El fundamento normativo del arbitraje potestativo como medio alternativo de solución de conflictos colectivos de trabajo lo encontramos en el artículo 28.2 de la Constitución. En ese sentido, las interpretaciones que entienden que tanto la LRCT como su reglamento recogen el arbitraje unilateral o potestativo tienen

(3) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*. AELE, Lima, 1997, p. 179.

(4) BOZA PRÓ, Guillermo y AGUINAGA MEZA, Ernesto. “El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva”. En: *Derecho*. N° 71, PUCP, p. 304.

pleno fundamento constitucional, o para decirlo en otros términos, ni el reglamento es ilegal, ni este ni la LRCT resultan inconstitucionales por establecer un arbitraje de dicha naturaleza”⁽⁵⁾ (énfasis agregado).

En virtud de ello, no es posible sostener que el arbitraje potestativo resulta una figura excepcional, ya que cuenta con sustento constitucional que legitima su existencia. Al respecto, se ha indicado lo siguiente:

“(..) Lo que termina siendo controvertido es que el arbitraje potestativo se circunscriba únicamente a los supuestos de determinación del nivel de negociación o a las negociaciones realizadas en contravención al principio de buena fe, porque a la luz de lo expresado en el presente trabajo resulta inconsistente considerar al arbitraje potestativo como una figura excepcional”⁽⁶⁾ (énfasis agregado).

Para esta posición, además, el Decreto Supremo N° 014-2011-TR solo constituye una norma de precisión y no de creación de derechos. Ello porque, por ejemplo, el deber de negociar de buena fe no es un deber que surja o “que haya sido creado” con dicha norma o con la Resolución Ministerial 284-2011-TR, sino que tal regulación ya se encontraba prevista en la LRCT a través del artículo 54:

“(..) Las partes están obligadas a negociar de buena fe y abstenerse de toda acción que pueda resultar lesiva a la contraria, sin menoscabo del derecho de huelga legítimamente ejercido” (énfasis agregado).

Se ha indicado, pues, que concluir lo contrario “llevaría al absurdo de considerar que antes de la dación de las referidas normas, las partes se encontraban legitimadas o legalmente autorizadas a actuar de mala fe, lo cual bajo ningún supuesto podría ser amparado por el Derecho”⁽⁷⁾.

Al fundamento normativo que hemos señalado, se suma, a su vez, un fundamento jurisprudencial, ya que el Tribunal Constitucional ha ratificado esta postura en el año 2010:

(5) *Ibíd.*, p. 307.

(6) *Ídem.*

(7) Laudo emitido en el año 2011 que resuelve la controversia entre una empresa minera y un sindicato.

“9. Que, por consiguiente, corresponde precisar que el arbitraje a través del cual deberá decidirse el nivel de la negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleador, es **aquel al que hace alusión el artículo 61 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, el cual es de carácter potestativo**. En tal sentido, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a este”⁽⁸⁾.

Al respecto, GAMBOA ha señalado lo siguiente:

“En otras palabras, el Tribunal Constitucional ha precisado también que el arbitraje al que se refiere la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo durante el desarrollo de la negociación colectiva es de carácter potestativo, y que si el empleador y la organización sindical no arriban a un acuerdo sobre el pliego, cualquiera de las partes puede obligar a la otra a que un árbitro dirima la discrepancia.

Así, **basta que la organización sindical plantee un arbitraje para que el empleador deba someterse al mismo**. De lo contrario, señala el Tribunal, ‘el empleador tendría plena capacidad, con su negativa, de frustrar esta vía heterocompositiva de solución [el arbitraje], obligando a los trabajadores a acudir a la huelga’⁽⁹⁾.

De este modo, a partir de lo señalado podemos concluir que los fundamentos de esta postura son los siguientes:

- (i) El arbitraje potestativo ya se encontraba regulado en el artículo 61 de la LRCT;
- (ii) El arbitraje potestativo cuenta con un fundamento normativo (artículo 28.2 de la Constitución) y jurisprudencial (sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 03561-2009-PA/TC);
- (iii) El arbitraje potestativo no constituye una figura excepcional; y,

(8) Fundamento 9 de la aclaración emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 03561-2009-PA/TC.

(9) GAMBOA LOZADA, Felipe. “¿Y si el remedio es peor que la enfermedad? Cuando el arbitraje potestativo desincentiva la negociación colectiva”. En: <<http://www.infocapitalhumano.pe/alerta-legal.php?id=72&t=y-si-el-remedio-es-peor-que-la-enfermedad-cuando-el-arbitraje-potestativo-desincentiva-la-negociacion-colectiva>>.

- (iv) El Decreto Supremo N° 014-2011-TR y la Resolución Ministerial 284-2011-TR solo constituyen normas de precisión.

2. Arbitraje potestativo como arbitraje obligatorio

Para otro sector de la doctrina, el arbitraje potestativo constituye una forma de arbitraje obligatorio, pues en los hechos se obliga a que una de las partes acuda al arbitraje. En ese sentido, su uso debe ser excepcional, conforme al artículo 4 del Convenio 98 de la Organización Internacional de Trabajo (en adelante, OIT) y al principio de negociación libre y voluntaria.

Esta postura se fundamenta también en los pronunciamientos que el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha emitido respecto al arbitraje obligatorio, los cuales citamos a continuación:

“515. El arbitraje obligatorio para poner término a un conflicto colectivo de trabajo y a una huelga **solo es aceptable cuando lo han pedido las dos partes implicadas en el conflicto o en los casos en que la huelga puede ser limitada, e incluso prohibida, es decir, en los casos de conflicto dentro de la función pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, o sea los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida o la seguridad de la persona en toda o parte de la población.**

517. El Comité subraya que **la imposición del arbitraje obligatorio solo es admisible con respecto a huelgas en los servicios esenciales en el sentido estricto del término o en caso de crisis nacional aguda.**

518. **Las disposiciones que establecen que a falta de acuerdo entre las partes los puntos en litigio de la negociación colectiva serán decididos por arbitraje de la autoridad no están en conformidad con el principio de negociación voluntaria contenido en el artículo 4 del Convenio núm. 98.** En la medida en que el arbitraje obligatorio impide el ejercicio de la huelga, dicho arbitraje atenta contra el derecho de las organizaciones sindicales a organizar libremente sus actividades, y solo podría justificarse en el marco de la función pública o de los servicios esenciales en el sentido estricto del término”⁽¹⁰⁾ (énfasis agregado).

(10) Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT.

Además, sostienen que si bien el Tribunal Constitucional ha interpretado que “el arbitraje al que hace alusión el artículo 61 (...) y que es el llamado a determinar el nivel de negociación ante la falta de acuerdo, es potestativo, y no voluntario. Es decir, ante la falta de acuerdo, y manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución del conflicto” (fundamento 8 de la sentencia recaída en el Exp. N° 03561-2009-PA/TC); una lectura acorde con el principio de negociación libre y voluntaria supone que dicho arbitraje potestativo no puede ser incausado, sino excepcional y causado.

Indican que en los casos en los que el Tribunal Constitucional ha ordenado el arbitraje potestativo lo ha hecho sobre el presupuesto de lo que considera una actuación de mala fe del empleador (fundamentos 23 al 25 de la sentencia recaída en el Exp. N° 03561-2009-PA/TC y fundamento 8 de la sentencia recaída en el Exp. N° 03243-2012-PA/TC).

Y, finalmente, fundamentan su posición a partir del caso 1845 incluido en el Informe 302 del Comité de Libertad Sindical, en el cual este analizó el artículo 61 de la LRCT y concluyó lo siguiente:

“El arbitraje obligatorio para poner término a un conflicto colectivo de trabajo y a una huelga **solo es aceptables cuando lo han pedido las dos partes implicadas en el conflicto (...)**. En estas condiciones, el Comité concluye que el artículo 61 está de conformidad con los principios de la libertad sindical (...)” (énfasis agregado).

De este modo, a partir de lo señalado podemos concluir que los fundamentos de esta postura son los siguientes:

- (i) El arbitraje potestativo no se encuentra regulado en el artículo 61 de la LRCT;
- (ii) El arbitraje potestativo no cuenta con un fundamento normativo, sino solo jurisprudencial (sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 03561-2009-PA/TC);
- (iii) El arbitraje potestativo constituye una figura excepcional; y,

Véase: <http://white.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/sindi/fusion_ls/spanish/d_6derhuelga.html>.

- (iv) El Decreto Supremo N° 014-2011-TR y la Resolución Ministerial 284-2011-TR delimitan los supuestos en los cuales puede recurrirse al arbitraje potestativo.

3. Acción popular en contra del Decreto Supremo N° 014-2011-TR

El 13 de marzo de 2012, la Sociedad Nacional de Industrias planteó una acción popular en contra del artículo 1 del Decreto Supremo N° 014-2011-TR por considerar que este transgredía el principio de jerarquía normativa, al regular aspectos no contenidos en la LRCT.

El 26 de julio de 2013, la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundada la demanda, con base en las siguientes consideraciones:

“28. (la norma impugnada) no crea ningún marco normativo nuevo, sino que ha tenido por objeto desarrollar y precisar obligaciones existentes en la Ley [de Relaciones Colectivas de Trabajo - LRCT], esto es, estando a que la LRCT prevé el arbitraje potestativo, como una forma de solución de controversias; a través del artículo 1 Decreto Supremo N° 014-2011-TR [sic] que incluye el artículo 61-A al Reglamento de la LRCT, lo que se ha previsto es utilizar este mecanismo (arbitraje potestativo) para actos disfuncionales que se puedan presentar en la negociación, en este caso concreto, determinar el nivel y contenido de la negociación y lo relacionado al deber de las partes de negociar de buena fe; de tal manera que el Decreto Supremo en comento, no vulnera la Ley ni la jerarquía normativa, por el contrario, le da viabilidad a la propia negociación colectiva, que al fin constituye el vehículo adecuado para llegar al producto definitivo que es la convención colectiva de trabajo o el laudo arbitral que regulará las relaciones laborales de las partes; y con ello, el Estado cumple su rol promotor en la búsqueda de la solución pacífica de los conflictos sociales⁽¹¹⁾” (énfasis agregado).

Como se puede apreciar, este pronunciamiento va acorde a la primera postura que hemos desarrollado en el presente capítulo, en el sentido que el

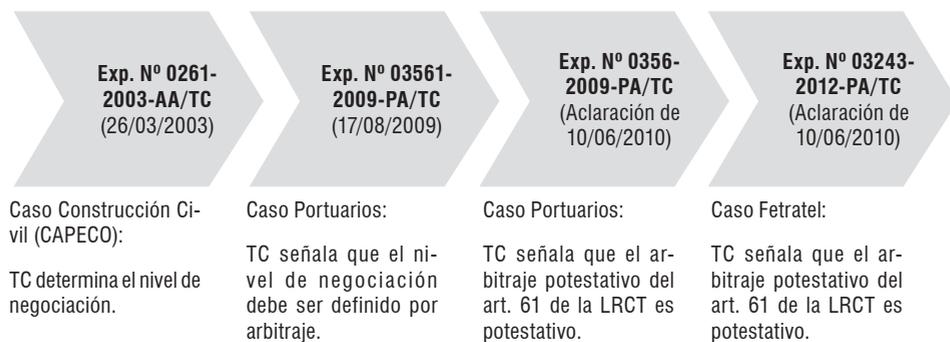
(11) HUERTA GUERRERO, Luis. Blog Procuraduría Especializada en Materia Constitucional. En: <<http://ppemc.blogspot.com/2013/08/sala-laboral-declara-infundada-demanda.html>>.

arbitraje potestativo ya se encontraba regulado en el artículo 61 de la LRCT y que el Decreto Supremo N° 014-2011-TR solo constituye una norma de precisión y no de creación de derechos.

4. Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 03243-2012-PA/TC

Recientemente, en mayo de 2014, el Tribunal Constitucional ha emitido una sentencia reiterando la naturaleza del arbitraje potestativo. Recordemos que, a nivel de los pronunciamientos del máximo intérprete de la Constitución, han existido distintos hitos en los cuales se ha hecho mención a la figura del arbitraje laboral.

La siguiente línea del tiempo hace referencia a dichos pronunciamientos:



Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional ha reiterado en la sentencia de este año lo señalado en la aclaración de la sentencia del Exp. N° 03561-2009-PA/TC (caso Portuarios), indicando que el arbitraje del artículo 61 de la LRCT es potestativo:

“En consecuencia debe concluirse que el arbitraje al que hace alusión el artículo 61 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, es de carácter potestativo, conforme también ha sido contemplado en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 014-2011-TR, en virtud de lo dispuesto por este Tribunal en la STC N° 03561-2009-PA/TC, debiendo por tanto aplicarse el arbitraje potestativo tanto para determinar el nivel de la negociación colectiva como para el trámite que deberá seguir una negociación colectiva cuando se haya agotado la etapa de trato directo y la conciliación sin llegar a un acuerdo; por consiguiente, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse

a este. Es por ello que al haber solicitado la federación recurrente someter a arbitraje la negociación colectiva 2009-2010, y ante la negativa de la sociedad emplazada (f. 43), corresponde que la demanda sea estimada”⁽¹²⁾ (énfasis agregado).

De este modo, para el Tribunal Constitucional, al igual que para el Poder Judicial, no existe duda respecto a la naturaleza del arbitraje potestativo. Hoy, siguiendo estos pronunciamientos, podemos señalar que la discusión respecto a este tema, ha sido cerrada y que la naturaleza del arbitraje del artículo 61 de la LRCT es potestativa.

Con relación a esta sentencia, Ugaz señala lo siguiente:

“(…) en dicha sentencia el Tribunal, luego de verificar que el empleador se negó a acudir a la vía del arbitraje, consideró que tal actitud era incompatible con el mandato de la Constitución que declara que el Estado debe promover la solución pacífica de los conflictos. Asimismo, menciona que de ser válida la negativa del empleador, se impondría a los trabajadores la realización de una huelga, cuando tal decisión debe ser adoptada libremente y no por imposición indirecta de la empresa”⁽¹³⁾.

Cabe mencionar que lo anterior no supone que la segunda postura que hemos desarrollado en el presente capítulo carezca de fundamentos, ya que, conforme hemos indicado, existen pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical de la OIT que justifican dicha posición.

Lo anterior incluso se puede apreciar en la sentencia que comentamos, ya que existió un voto singular del ex-magistrado Álvarez Miranda, quien señaló lo siguiente:

“La interpretación sobre lo que se entiende por ‘arbitraje potestativo’ en el sentido que, ante el pedido de alguna de las partes someter la controversia al arbitraje, **inexorablemente la otra deba aceptar tal requerimiento no es otra cosa que un ‘arbitraje forzoso’**. La STC N° 00142-2011-PA/TC es clara al respecto,

(12) Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de mayo de 2014, en el Exp. N° 03243-2012-PA/TC.

(13) UGAZ, Mauro. “La nueva sentencia del tribunal constitucional y el arbitraje potestativo”. En: <<http://www.ius360.com/privado/laboral/la-nueva-sentencia-del-tribunal-constitucional-y-el-arbitraje-potestativo/> La nueva sentencia del tribunal constitucional y el arbitraje potestativo>.

el arbitraje resulta legítimo en tanto nace de la autonomía de la voluntad de las partes”⁽¹⁴⁾.

III. CAPÍTULO 2: ANÁLISIS DE LAUDOS LABORALES

En el presente apartado realizaremos un análisis de distintos laudos laborales que se han emitido a partir del año 2011 (hemos podido tener acceso a, aproximadamente, treinta (30) laudos). Esto permitirá realizar un balance de cómo se han venido resolviendo los conflictos laborales colectivos en los últimos tres años.

Dividimos el análisis en dos apartados. Por un lado, nos referiremos a cómo los tribunales arbitrales han verificado los requisitos de procedencia, conforme al Decreto Supremo N° 014-2011-TR. Por otro, realizaremos un análisis de cómo se han resuelto las cuestiones económicas y qué criterios han utilizado los árbitros para ello.

1. Requisitos de procedencia

1.1. Primera negociación

De la revisión de distintos laudos laborales, concluimos que la procedencia de un arbitraje por primera negociación, a diferencia del supuesto de mala fe, solo requiere que se demuestre que no ha existido una negociación previa.

En un reciente laudo laboral se ha indicado respecto a este supuesto lo siguiente:

“El mencionado supuesto de procedencia del arbitraje potestativo, consistente en la falta de acuerdo en primera negociación sobre el nivel o contenido, es completamente discrecional para la parte que decida invocarlo (en este caso, el sindicato), pues no se necesita acreditar o cumplir con ningún requisito previo.

A diferencia de lo que sucede en el caso del arbitraje potestativo por actos de mala fe, en el cual existe una etapa previa de

(14) Voto singular de Ernesto Álvarez Miranda en la sentencia emitida el 21 de mayo de 2014, en el Expediente N° 03243-2012-PA/TC.

calificación (probatoria), referida a resolver si se han configurado o no actos de mala fe que determinen la procedencia del arbitraje potestativo⁽¹⁵⁾.

Al respecto, somos de la opinión que si bien la acreditación de este supuesto no requiere de una etapa probatoria de la misma magnitud que el supuesto de mala fe, es necesario, como mínimo, acreditar que nos encontramos ante una primera negociación, sea en el nivel o contenido.

Ahora bien, es importante señalar que, desde la publicación del Decreto Supremo N° 014-2011-TR, la discusión respecto a este supuesto se ha referido, sobre todo, a los alcances del mismo.

Como señala Ugaz, “existen personas que consideran que el primer supuesto en realidad admite una lectura más abierta, con lo cual, sería factible incluir aquellos casos donde se pretenda cambiar el nivel donde las partes se encontraban negociando”.

Por ejemplo, para Villavicencio se “deduce con claridad que cuando se busca un nivel nuevo, estaremos frente a una primera negociación colectiva en tal ámbito, por lo que se configurará el supuesto de la primera negociación previsto en el Decreto Supremo N° 014-2011-TR”.

Respecto a ello, Ugaz indica que sería “complicado sustentar tal lectura cuando nos encontramos ante una situación de excepción (como lo es el arbitraje potestativo)”, pero agrega que dicha posibilidad podría matizarse “con la interpretación del Tribunal Constitucional al entender que el arbitraje regulado en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo es potestativo de manera general⁽¹⁶⁾”; posición que ha sido reiterada recientemente por el Tribunal Constitucional, como hemos indicado en el apartado anterior.

Incluso, una postura distinta a la de Villavicencio, reduce el alcance del primer supuesto regulado en el Decreto Supremo N° 014-2011-TR, sosteniendo que este debería limitarse, como máximo, a la definición del nivel de negociación:

(15) Resolución de improcedencia que resuelva la controversia entre una empresa de telecomunicaciones y su sindicato. Año 2014, p. 6.

(16) UGAZ, Mauro. “La heterocomposición de las negociaciones colectivas de trabajo: el arbitraje potestativo”. En: V Congreso de la SPDTSS, p. 274.

“Que la determinación del nivel por el Tribunal venga acompañada de la determinación del contenido de la negociación colectiva, sin que las partes hayan tenido oportunidad de negociar dicho contenido, resulta a la luz del principio de negociación libre y voluntaria, una decisión gravosa para el contenido del derecho a la negociación colectiva.

(...) cuando de manera excepcional a la opinión general del Comité de Libertad Sindical, según la cual el arbitraje obligatorio solo sería posible en el marco de los servicios esenciales en sentido estricto, el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones admite excepcionalmente la posibilidad de un arbitraje obligatorio en primera negociación, recomienda medidas y principios generales que deberían ser aplicados en dichos casos a través de ‘medidas apropiadas a las condiciones nacionales’: **las partes deben disponer de la oportunidad de negociar colectivamente durante un periodo de tiempo suficiente; durante dicho tiempo, las partes deben contar con la ayuda de un mediador independiente así como de mecanismos y procedimientos destinados a facilitar la negociación colectiva; las partes deben tener siempre la posibilidad de regresar voluntariamente a la mesa de negociaciones suspendiendo el arbitraje obligatorio”** (énfasis agregado).

De este modo, podemos señalar, como primera conclusión del balance que efectuamos, que la discusión en torno al primer supuesto previsto en el Decreto Supremo N° 014-2011-TR se refiere a los alcances del mismo y que, a diferencia del supuesto de mala fe que requiere de una profunda etapa probatoria, en este solo hay que demostrar que nos encontramos ante una primera negociación.

1.2. Mala fe

En este apartado, queremos hacer referencia a cómo se ha tratado el supuesto de mala fe en los laudos emitidos a partir del 2011. No queremos reiterar los supuestos de mala fe previstos en la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR, sino por el contrario hacer referencia a qué hechos han sido considerados por los árbitros como actos de mala fe.

En ese sentido, el siguiente cuadro detalla un listado de quince (15) actitudes que han sido calificadas como mala fe durante estos años en los laudos arbitrales:

SUPUESTOS DE MALA FE IDENTIFICADOS EN DISTINTOS LAUDOS ARBITRALES	HECHOS
	Entrega incompleta y extemporánea de la información solicitada por la Dirección de Política y Normativa del MTPE.
	Suspensión unilateral de las reuniones extraproceso acordadas.
	Impedimento de ingreso al asesor del sindicato en las reuniones de negociación directa.
	Eliminación de licencia sindicales ⁽ⁱ⁾ .
	Propuesta económica en términos irrisorios: la empresa realizó una propuesta menor a la de años anteriores, sin justificar su situación económica.
	La empresa se comprometió a presentar otra propuesta y no lo hizo.
	Ausencia de propuesta económica.
	Demora en la instalación de la negociación colectiva ⁽ⁱⁱ⁾ .
	La empresa asistía a las reuniones, pero no presentaba propuestas concretas.
	La empresa canceló reuniones y las modificó de fecha de manera unilateral.
	Existieron reuniones de trato directo y la empresa no llegó a implementar ninguna de las obligaciones previstas en las actas de compromisos suscritas con la organización sindical ⁽ⁱⁱⁱ⁾
	Ejercer actos de hostilidad en contra de los representantes de los trabajadores: (i) cambio de turno injustificado al secretario general y miembro de la comisión negociadora; (ii) negar licencia para el subsecretario de organización miembro de la comisión negociadora; (iii) llamada de atención injustificada al secretario general del sindicato miembro de la comisión negociadora; (iv) amonestación injustificada al secretario de organización del sindicato ^(iv) .

- (i) Laudo que resuelve la controversia entre una empresa del sector gas y su sindicato. Año 2012.
- (ii) Laudo que resuelve la controversia entre una empresa del sector transporte y su sindicato. Año 2012.
- (iii) Laudo que resuelve la controversia entre una entidad de salud y su sindicato. Año 2012.
- (iv) Laudo que resuelve la controversia entre una empresa concesionaria y su sindicato. Año 2013.

A través de este listado se puede apreciar cómo los árbitros han entendido qué hechos constituyen actos de mala fe. Con ello complementamos la lista abierta de supuestos de mala fe previstos en la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR y, de ese modo, arribamos a la segunda conclusión de nuestro balance: en estos tres años, los árbitros no se han limitado a tipificar como actos de mala fe aquellos previstos en la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR, sino a evaluarlos en cada caso en concreto.

2. Cuestiones económicas

En este apartado nos referiremos a cómo los árbitros han resuelto las cuestiones económicas que le son planteadas en el arbitraje. Haremos mención a los criterios que se han utilizado para adoptar o atenuar una propuesta y, además, presentamos un resumen económico de los laudos a los que hemos podido tener acceso, reservándonos las referencias a las empresas por el carácter confidencial de los mismos.

2.1. Criterios de atenuación de propuestas

A partir del análisis de los laudos a los que hemos podido tener acceso, observamos que los criterios utilizados para la resolución de cuestiones económicas se pueden dividir en dos grupos: (i) situación del mercado actual; y, (ii) situación de la empresa.

CRITERIOS	MEDIDORES
SITUACIÓN DEL MERCADO ACTUAL	Inflación. Índice de Precios al Consumidor. Competitividad externa (salarios en empresas similares). Situación económica del país. Eventual perjuicio al desarrollo de la empresa.
SITUACIÓN DE LA EMPRESA	Equidad interna (salarios percibidos por las distintas categorías de trabajadores de la empresa). Información económica presentada en el expediente administrativo. Número de trabajadores beneficiados. Existencia de una política salarial general.

En efecto, en los laudos a los que hemos podido tener acceso, se ha indicado lo siguiente:

CRITERIOS	FUNDAMENTOS
SITUACIÓN DEL MERCADO ACTUAL	<p>“En lo que respecta al aumento general de las remuneraciones, el Tribunal Arbitral ha tenido como criterios relevantes la tasa de inflación, la situación económica-financiera de la empresa, el número de trabajadores que se vería beneficiado y los niveles salariales existentes en el mercado”⁽ⁱ⁾.</p> <p>“Para dicha decisión se ha tenido en cuenta la realidad económica de la entidad, la inflación vigente al momento de inicio de la vigencia del Pliego Petitorio (...) y los niveles existentes en empresas similares, en la misma actividad económica o región”⁽ⁱⁱ⁾.</p> <p>“Resulta necesario que todo laudo laboral referido a dar una solución a un pliego petitorio que no logro solución en trato directo, debe asentarse en un contexto de la realidad del sector económico en donde la empresa desarrolla sus actividades, a efectos de no incurrir en un exceso que pudiese, eventualmente, sacar del mercado a la empresa afectada por no existir correspondencia entre sus costos laborales y sus competidores en el mercado”⁽ⁱⁱⁱ⁾.</p>

SITUACIÓN DE LA EMPRESA	<p>“Asimismo, con el referido aumento se busca corregir la ausencia de una política salarial general que tome en cuenta las categorías ocupacionales en la empresa y diseñe los futuros incrementos en función de las mismas y no solo de las calidades personales de los trabajadores (incrementos individuales)”^(iv).</p> <p>“Para efectos de la solución adoptada por el Tribunal se ha tomado en cuenta la información económica presentada en el expediente administrativo, que señala una situación económica positiva de la empresa”^(v).</p> <p>“Sobre este último punto, en la Audiencia de Sustentación de Posiciones Finales llevada a cabo con fecha 28 de febrero de 2012, la entidad presentó un cuadro comparativo entre las remuneraciones percibidas por las distintas categorías de trabajadores de Banco y las percibidas por otras entidades privadas, que transcribimos a continuación y que no fue materia de objeción ni cuestionamiento por parte de aquella”^(vi).</p>
-------------------------	--

- (i) Laudo emitido en el año 2012 que resuelve el conflicto entre un sindicato y una empresa concesionaria de transporte.
- (ii) Laudo emitido en el año 2012 que resuelve el conflicto económico entre un sindicato y una entidad financiera.
- (iii) Laudo emitido en el año 2012 que resuelve el conflicto económico entre un sindicato y una entidad financiera
- (iv) Laudo emitido en el año 2012 que resuelve el conflicto entre un sindicato y una empresa concesionaria de transporte.
- (v) Laudo emitido en el año 2012 que resuelve el conflicto entre un sindicato y una empresa concesionaria de transporte.
- (vi) Laudo emitido en el año 2012 que resuelve el conflicto económico entre un sindicato y una entidad financiera.

La expresión de los criterios que se utilizan resulta fundamental, ya que, como señala Ugaz, “no es posible que el árbitro no tome en consideración situaciones del mercado o del negocio que expliquen o fundamenten una propuesta final de una de las partes”.

Coincidimos también cuando indica que “nuestro sistema de ofertas finales o de péndulo (donde se opta por una propuesta excluyente) requiere de una explicación cuando se procede a atenuar la propuesta elegida, máxime si tal atenuación de modo alguno puede dejar al beneficio irreconocible o desnaturalizado”⁽¹⁷⁾.

2.2. Casuística: ¿cómo se ha resuelto en los últimos años?

Los cuadros que presentamos a continuación resumen cómo se han determinado las cuestiones económicas en los laudos emitidos en los últimos años.

(17) UGAZ, Mauro. Ob. cit., p. 278.

Teniendo en cuenta que son diversos los beneficios que se plantean en una negociación colectiva, como en el desarrollo de un arbitraje, hemos limitado el análisis a dos de los conceptos que usualmente son entregados: (i) aumento de remuneraciones; y, (ii) bonificación por cierre de pliego.

LEYENDA	
	Propuesta atenuada.
	Adopción íntegra de propuesta sindical.
	Adopción íntegra de propuesta empresarial.

EMPRESA	AUMENTO DE REMUNERACIONES			BONO POR CIERRE DE PLIEGO		
	PROPUESTA FINAL DEL SINDICATO	PROPUESTA FINAL DE LA EMPRESA	LAUDO	PROPUESTA FINAL DEL SINDICATO	PROPUESTA FINAL DE LA EMPRESA	LAUDO
Sector energético (2009)	10 %	2.50 %	10 %	S/.1,100.00	S/. 350.00	S/. 1,100.00
Sector energético (2011)	8 %	5 %	8 %	S/.2,000.00	S/. 800.00	S/. 2,000.00
Sector gasífero (2012)	9.60 %	5.70 %	7 %	S/. 8,000.00	S/. 3,000.00	S/. 4,500.00
Petrolera (2012)	9 %	5.50 %	7 %	S/. 20,000.00	S/.14,500.00	S/. 18,250.00
Financiera (2012)	S/. 250.00	S/. 110.00	S/.110.00	S/. 4,500.00	S/. 3,900.00	S/. 4,000.00
Petrolera (2012)	8.50 %	5.50 %	7 %	S/.19,500.00	S/.14,500.00	S/. 17,500.00
Financiera (2012)	S/. 350.00	S/. 101.81	S/.185.00	S/. 4,500.00	S/. 440.00	S/. 450.00
Entidad del Estado (2012)	S/. 25.00	--	S/. 14.00	S/. 10,000.00	S/. 350.00	S/. 7,000.00
Concesionaria (2011)	S/. 639.40	S/. 100.00	S/.180.00	S/. 10,000.00	S/. 750.00	S/. 1,900.00
Mínera (2012)	S/. 320.00	--	S/.285.00	S/. 4,500.00	--	S/. 3,500.00
Sector gasífero (2011)	S/. 5.00	6.74 %	S/. 75.00	S/. 6,000.00	S/. 2,000.00	S/. 3,000.00
Pesquera (2012)	S/. 6.00	S/. 3.50	S/. 4.25	S/. 2,000.00	S/. 650.00	S/. 900.00

Financiera (2012)	S/. 250.00	S/. 128.00	S/.168.00	S/. 2,500.00	S/. 475.00	S/. 1,000.00
Concesionaria (2013)	S/. 245.00	S/. 100.00	S/.125.00	S/. 3,500.00	S/. 1,200.00	S/. 2,000.00
Telecomunicaciones (2012)	S/. 500.00	S/. 156.00	S/.334.00	S/. 5,000.00	S/. 500.00	S/. 1,500.00
Sector producción (2011)	S/. 5.00	S/. 3.10	S/. 4.00	S/. 800.00	--	S/. 750.00
Mínera (2012)	S/. 4.20	S/. 2.80	S/. 2.90	S/. 4,500.00	S/. 3,000.00	S/. 3,300.00
Sector aluminio (2011)	S/. 4.00	S/. 1.60	S/. 3.00	S/. 1,250.00	S/. 250.00	S/. 400.00
Petrolera (2011)	S/. 240.00	5 %	S/.150.00	S/. 2,500.00	--	S/. 1,300.00
Servicios (agua) (2011)	S/. 300.00	--	S/.150.00	S/. 1,000.00	--	S/. 200.00
Textil (2012)	S/. 2.50	--	S/. 2.00	S/. 1,000.00	--	S/. 430.00
Mínera (2012)	S/. 150.00	S/. 66.00	S/. 96.00	--	--	--
Naviera (2012)	S/. 160.00	3 %	S/.120.00	S/. 1,000.00	--	S/. 800.00
Petrolera (2013)	9.50 %	0 %	7 %	S/. 20,000.00	--	S/. 19,000.00
Petrolera (2013)	9.90 %	0 %	7 %	S/. 20,000.00	--	S/. 18,250.00
Textil (2012)	S/. 5.00	1.64 hasta 2.96 según categoría	2.72 hasta 4.90	--	--	--
Telecomunicaciones (2010)	S/. 160.00	90 - 100	S/.133.00	S/. 1,700.00	S/. 600.00	S/. 1,300.00

A continuación exponemos las conclusiones a las que arribamos después del análisis efectuado a los laudos:

- De aproximadamente treinta laudos revisados, en el 90 % de ellos los árbitros han acogido una propuesta y la han atenuado.
- Los casos en los cuales se adopta de manera integral una propuesta (sin cambios) son mínimos (10 %).
- La atenuación de propuestas efectuada por los árbitros, en relación al incremento de remuneración y bonificación de cierre de

pliego, se realiza entre el 40-50 % de las propuestas presentadas por las partes.

- La determinación de los montos económicos que se fijan son adoptados en virtud a la situación del mercado y situación de la empresa, existiendo criterios específicos para cada uno de ellos.

IV. CAPÍTULO 3: ¿CÓMO ACTÚAN AHORA LAS EMPRESAS Y SINDICATOS?

Desde el 2011, las relaciones colectivas de trabajo ya no son las mismas. La introducción del Decreto Supremo N° 014-2011-TR ha cambiado la forma en la que empleadores y sindicatos negocian y solucionan un conflicto derivada de dicha negociación.

Por ello, compartimos la opinión de Ugaz cuando señala:

“Esta nueva regulación derivada del pronunciamiento del Tribunal Constitucional ha variado la forma en la cual se venía negociando en el Perú, ya que los trabajadores prefieren optar por recurrir a un arbitraje cuando notan que el proceso de negociación será lento o aprecien prácticas desleales por parte del empleador. En otras palabras, privilegian concluir la negociación de forma rápida en comparación con tener un mayor control del contenido de lo que puedan acordar en la negociación”⁽¹⁸⁾.

En efecto, en este nuevo contexto, en el cual un sindicato puede obligar a la parte empleadora a acudir a un arbitraje, la preocupación por no incurrir en actos de mala fe está presente durante toda la negociación.

Del análisis de laudos efectuados, observamos que el creciente número de arbitrajes potestativos ha hecho que las empresas reformulen sus propuestas de negociación y planteen propuestas serias desde el inicio de negociación. En muchos casos, las propuestas que las empresas llevan al arbitraje solo las mismas o similares a las expuestas durante la etapa de trato directo.

Esto es así porque “en un escenario donde los trabajadores pueden arrastrar a los empleadores a un arbitraje, las partes al momento de iniciar

(18) UGAZ, Mauro. Ob. cit., p. 276.

la negociación tendrán mayores incentivos para obrar de buena fe, dar propuestas serias y no entorpecer la negociación”⁽¹⁹⁾.

Los empleadores antes de someter la controversia a un tribunal arbitral, en el cual no pueden tener manejo del resultado del proceso, prefieren ahora sentarse a negociar directamente con la parte sindical.

En efecto, “en una economía de mayor competencia y cambios, los perjuicios ocasionados por la conflictividad laboral tienden a ser reducidos por los empleadores al máximo: no son convenientes las medidas de fuerza si ello afecta la operatividad de la empresa y la relega dentro del mercado”⁽²⁰⁾.

Como indica Villavicencio, las partes “reorganizan su estrategia y sus instrumentos de negociación y luego sabiendo que el conflicto puede no quedar abierto tienen una mayor versatilidad al momento de plantear y aceptar sus propuestas”⁽²¹⁾.

De otro lado, desde el punto de vista sindical, el arbitraje potestativo constituye una forma de resolver el conflicto económico con la patronal de una forma más célere y esa es una de las razones por la que los trabajadores lo prefieren. Su preocupación se enfoca, sobre todo, en que los conflictos se resuelvan de manera rápida. Si no han logrado sus objetivos en el trato directo, no existe inconveniente en que un tercero (los árbitros) diriman la controversia.

En este escenario, en el cual las partes saben que no es conveniente mantener un conflicto abierto y dilatado, el arbitraje potestativo ha hecho que el interés por el trato directo resurja. Antes que un tercero, ajeno a las partes, diga qué se debe hacer o entregar, es mejor cerrar el conflicto “a puerta cerrada” frente a frente. Por ello, somos de la opinión que “el arbitraje potestativo podría ayudar a mejorar o afianzar el trato directo más que destruirlo o inutilizarlo”⁽²²⁾.

(19) *Ibidem*, p. 277.

(20) *Ídem*.

(21) VILLAVICENCIO; Alfredo. “Arbitraje potestativo y otros temas de derecho colectivo”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 60.

(22) UGAZ, Mauro. *Ob. cit.*, p. 277.

V. CAPÍTULO 4: EL ARBITRAJE LABORAL COLECTIVO EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Finalmente, en este apartado queremos hacer referencia a cómo en otros países, concretamente en España y Chile, se trata la figura del arbitraje laboral en las relaciones colectivas de trabajo.

1. España

En España no encontramos una regulación similar a la peruana que haga referencia a la existencia de un arbitraje potestativo. Sin embargo, sí se contempla la figura del arbitraje voluntario y, además, el arbitraje obligatorio para determinados supuestos.

En efecto, en el artículo 24 del Real Decreto Ley 17/1997 se contempla la posibilidad de que los trabajadores y empleadores sometan una controversia a un arbitraje voluntario. El Estatuto de los Trabajadores (en adelante, “ET”), a través de los artículos 87, 88, 89, 91, establece que a través de este pueden resolverse discrepancias ligadas a la elaboración o aplicación del convenio colectivo, incluso en conflictos individuales (artículo 91.5 del ET).

Por otra parte, existen casos en los cuales se establece un arbitraje obligatorio:

- En caso se acredite un perjuicio grave de la economía nacional por motivos de la huelga (artículo 10.1 del Real Decreto Ley 17/1997).
- Proceso de sustitución de reglamentaciones de trabajo y ordenanzas laborales (sexta disposición transitoria del ET).
- Arbitraje electoral (elección de representantes unitarios de trabajadores) (artículo 76 ET).
- Regulación legal del descuelgue o inaplicación del convenio colectivo (artículo 82.3 ET).

Cabe mencionar que en España, el arbitraje es una función encomendada a la Inspección Laboral. Al respecto, se ha indicado lo siguiente:

“Las funciones de mediación, conciliación y arbitraje no se contemplan en los Convenios de la OIT sobre Inspección de Trabajo (Convenios OIT N° 81 [RCL 1961, 6] y 129 [RCL 1972, 958]) entre los cometidos que se atribuyen a los sistemas de Inspección. Al contrario, la Recomendación N° 81 OIT las descarta

expresamente (apartado III.8), al prescribir que ‘las funciones de los inspectores del trabajo no deberían incluir las de conciliación o árbitro en conflictos de trabajo’. La razón de esta exclusión, según el BIT (Oficina Internacional del Trabajo), es que los inspectores correrían el riesgo, si las ejercieran, de poner en juego su independencia y su imparcialidad, dada la posibilidad de que, en el ánimo del inspector, pueda confundirse el papel del conciliador, buscando ante todo el acuerdo y el compromiso, con el de garante de la aplicación de la legislación, donde toda idea de compromiso debe ser excluida, pues no cabe al respecto la transacción.

Sin embargo, numerosos países han confiado este tipo de funciones a su sistema de Inspección. **Existe, ciertamente, el riesgo para la imparcialidad del inspector que se acaba de señalar. Pero también puede sostenerse en sentido contrario, y así lo hace el propio BIT en la publicación citada, que los inspectores de trabajo están particularmente cualificados, por el conocimiento de los problemas concretos que se plantean en los centros de trabajo, para ayudar a solucionar las controversias laborales, lo que explica que sean frecuentemente los propios empresarios y trabajadores quienes recaben la intervención del inspector en las situaciones de conflicto, debido a la confianza que les inspira su actuación” (énfasis agregado).**

Resulta llamativa la regulación del arbitraje en España, ya que esta función se encomienda a los inspectores de trabajo y, además, porque se regulan supuestos amplios de arbitraje obligatorio.

2. Chile

En el artículo 357, inciso 2, del Código del Trabajo de Chile se señala que cualquiera de las partes en cualquier momento de la negociación puede dirigirse a la Inspección del Trabajo y solicitarle la designación de un árbitro para los casos de arbitraje obligatorio.

Además de los típicos supuestos de arbitraje obligatorio (servicios esenciales), la regulación chilena establece que este también procede en los siguientes casos:

- Si se trata de un sindicato de empresa o un grupo de trabajadores y han transcurrido 45 días desde la presentación del

proyecto de contrato sin que se hubiere suscrito el nuevo instrumento colectivo, la Inspección del Trabajo citará a las partes a un comparendo dentro de tercero día (desde que la citación sea notificada) con el objeto de designar a un árbitro laboral.

- Si se trata de organizaciones sindicales y el plazo transcurrido desde la presentación del proyecto, sin que se hubiera suscrito un nuevo instrumento, es de 60 días, la Inspección del Trabajo hará lo mismo que en la situación anterior.

En este caso, advertimos cómo la regulación chilena se preocupa por que los conflictos colectivos laborales no queden abiertos y establece que, en caso no exista un acuerdo sobre el contenido del nuevo pliego de reclamos, las partes puedan acudir a un arbitraje –definido, según la legislación chilena, como obligatorio–.

VI. CONCLUSIONES

- La publicación del Decreto Supremo N° 014-2011-TR supuso un cambio en las relaciones colectivas de trabajo y en la forma en la que hasta hoy se solucionan los conflictos que derivan de una negociación colectiva.
- Con la publicación del Decreto Supremo N° 014-2011-TR se reavivó la discusión respecto a la naturaleza del arbitraje potestativo, existiendo dos posturas: (i) arbitraje “naturalmente” potestativo; y, (ii) arbitraje potestativo como arbitraje obligatorio.
- El Poder Judicial y el Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamientos en los años 2013 y 2014, respectivamente, señalando que la naturaleza del arbitraje regulado en el artículo 61 de la LRCT es potestativa.
- La discusión en torno al primer supuesto previsto en el Decreto Supremo N° 014-2011-TR ha girado respecto a los alcances del mismo y, a diferencia del supuesto de mala fe que requiere de una profunda etapa probatoria, en este solo hay que demostrar que nos encontramos ante una primera negociación.

- En estos tres últimos años, los árbitros no se han limitado a tipificar como actos de mala fe aquellos previstos en la Resolución Ministerial 284-2011-TR, sino a evaluar otros hechos en cada caso concreto y calificarlos como tales.
- Un análisis de treinta (30) laudos emitidos en los últimos años nos revela que en el 90 % de ellos los árbitros han acogido una propuesta y la han atenuado.
- La atenuación de propuestas efectuada por los árbitros, en relación al incremento de remuneración y bonificación de cierre de pliego, se realiza entre el 40-50 % de las propuestas presentadas por las partes.
- La determinación de los montos económicos que se fijan son adoptados en virtud de la situación del mercado y situación de la empresa, existiendo criterios específicos para cada uno de ellos.
- En otras legislaciones, como la española y chilena, no encontramos referencia expresa a la existencia de un arbitraje potestativo. No obstante, en dichas regulaciones existen supuestos amplios de procedencia de arbitraje obligatorio.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

BOZA PRÓ, Guillermo y AGUINAGA MEZA, Ernesto. “El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva”. En: *Derecho PUCP*, N° 71.

CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. “El arbitraje en equidad”. En: *Vniversitas*. Colombia, 2003.

ERMIDA URIARTE, Óscar. “El conflicto de trabajo”. En: *Curso introductorio de Relaciones Colectivas de Trabajo*. 2ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, 1996.

GAMBOA LOZADA, Felipe. “¿Y si el remedio es peor que la enfermedad? Cuando el arbitraje potestativo desincentiva la negociación colectiva”. En: <<http://www.infocapitalhumano.pe/alerta-legal.php?id=72&t=y-si-el-remedio-es-peor-que-la-enfermedad-cuando-el-arbitraje-potestativo-desincentiva-la-negociacion-colectiva>>.

HUERTA GUERRERO, Luis. Blog Procuraduría Especializada en Materia Constitucional. En: <<http://ppemc.blogspot.com/2013/08/sala-laboral-declara-infundada-demanda.html>>.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*. AELE, Lima, 1997, p. 179.

ROMERO PALACIOS, Luis Miguel. “El arbitraje laboral como medio de solución de conflictos colectivo-económicos”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima. 2012.

SANGUINETI, Wilfredo. *La mediación en los conflictos colectivos de trabajo*. Editorial Colex, Madrid, 2010.

UGAZ, Mauro. “La heterocomposición de las negociaciones colectivas de trabajo: el arbitraje potestativo”. En: *V Congreso de la SPDTSS*, p. 274.

VILLAVICENCIO, Alfredo. “Arbitraje potestativo y otros temas de derecho colectivo”. En: *Soluciones Laborales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS STOCK OPTIONS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO LABORAL

Junnia Alejandra Alvarado Prentice⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

El concepto clásico de la participación de los trabajadores en el patrimonio de las grandes empresas ha cambiado, y las modalidades para motivar la fuerza de trabajo han cambiado⁽²⁾. Asimismo, el interés de las compañías en retener a sus trabajadores más destacados ha ocasionado que estas busquen distintos mecanismos e incentivos para conservarlos. Es así que hoy en día muchas empresas –especialmente las multinacionales– ofrecen a sus trabajadores planes de premios en acciones de la empresa o *stock awards*, principalmente para fidelizar a sus ejecutivos.

Esta figura, si bien es poco conocida, no es ajena a la realidad en nuestro país, dado que en muchas de las grandes compañías existen planes de *stock awards* ofrecidos a sus trabajadores⁽³⁾. Sin perjuicio de ello, aún no existe un marco normativo que contemple el tratamiento jurídico laboral de este

(1) Egresada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente en el Área de Human Capital de EY Perú. Tercer Puesto del Concurso de Investigación Universitaria de la SPDTSS (2014).

(2) PWC: Estudio sobre “Tendencias de retención del talento Perú 2014: Un desafío para las organizaciones de hoy”.

(3) Esta situación la he podido observar en mi práctica preprofesional en EY Perú, al tener que analizar el tratamiento laboral y tributario de estos beneficios, los cuales son otorgados por muchos de nuestros clientes a sus trabajadores.

incentivo en la regulación peruana. Dado que los *stock awards* surgen en el marco de una relación laboral, se cuestiona si tienen naturaleza remunerativa o no. La importancia de analizar su naturaleza jurídica laboral radica en la incidencia que tiene en los costos laborales.

El sistema jurídico peruano cuenta con una estructura normativa que delimita los alcances de la remuneración y los conceptos remunerativos que la integran. Asimismo, establece cuáles conceptos, si bien cumplen con las características de la remuneración, se encuentran legalmente excluidos de tal definición. No obstante, existen ciertos pagos, que al no poder ser incorporados dentro de los supuestos legales, deben ser analizados de forma más incisiva, a fin de determinar si pueden ser calificados como remunerativos. Tal es el caso de los *stock awards*.

En mi práctica preprofesional, he tenido oportunidad de conocer la existencia de estos planes, así como del cuestionamiento respecto a su naturaleza remunerativa. En ese sentido, en el presente trabajo me encargaré de fundamentar jurídicamente el tratamiento legal que deberían recibir los *stock options*.

II. NOCIONES PREVIAS: LA REMUNERACIÓN COMO ELEMENTO DE LA RELACIÓN LABORAL

El objetivo de este ensayo consiste en determinar la naturaleza jurídica de los *stock awards*, esencialmente si califican o no como remuneraciones. En específico, desarrollaremos los *stock options*, que son una clase de *stock awards*. No obstante, antes de analizar la naturaleza de los *stock options*, es necesario definir el criterio que nos servirá para efectuar el análisis de estos beneficios. En ese sentido, resulta importante esclarecer qué es la remuneración, lo cual permitirá identificar qué es remunerativo y qué no lo es.

En primer lugar, se debe considerar a la remuneración como elemento esencial de la relación laboral y del contrato de trabajo. A continuación, desarrollaremos de manera breve los elementos esenciales de la relación laboral y en especial, la definición de remuneración.

1. Los elementos de la relación laboral. La definición de remuneración

De acuerdo con el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), aprobada por Decreto Supremo N° 003-97-TR,

el contrato de trabajo se caracteriza por ser subordinado, remunerado y con una prestación personal del trabajador. Tal como se desprende de esta norma, los elementos de la relación laboral, además de la remuneración, son la subordinación y la prestación personal del trabajador.

Oscar Ermida señala en su artículo titulado “Crítica de la subordinación”⁽⁴⁾, que la subordinación es un elemento distintivo esencial de la relación laboral, el cual fue propuesto por Ludovico Barassi, en su libro *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*. En aquella obra, se definió la subordinación como “la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador.” Con ello se refiere a la obligación que tiene el trabajador de sujetarse al poder directivo del empleador. Mientras que, por su lado, el empleador tiene la facultad de organizar y dirigir la empresa, lo cual le permite dar órdenes al trabajador, fiscalizar su cumplimiento y sancionar al trabajador cuando este incurra en faltas.

Javier Neves⁽⁵⁾ hace referencia a la subordinación como el vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor del trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. En ese sentido, al empleador le es atribuido el poder de dirección, el cual le permite dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador, siempre dentro de los límites del ordenamiento laboral. Por otro lado, la prestación personal es la actividad cuya utilización es objeto del contrato de trabajo, la cual debe ser ejecutada de forma directa, sin ningún tipo de asistencia de dependientes a su cargo o de terceros.

En la legislación laboral latinoamericana, la subordinación o dependencia se establece como elemento esencial del contrato o relación de trabajo (acompañada de la prestación de servicios y de la remuneración). Sin embargo, es interesante observar que son pocas las legislaciones latinoamericanas que definen el concepto, una de ellas es la peruana⁽⁶⁾.

Por otro lado, el segundo elemento esencial de la relación laboral es la remuneración, el cual no es un concepto absoluto, pues puede ser definido desde distintas disciplinas, como la ciencia económica o el Derecho. Es más, dentro de cada disciplina puede tener distintos enfoques, por ejemplo

(4) ERMIDA, Oscar. “Crítica de la subordinación”. En: *Ius et Veritas*. N° 25, Lima, 2002. p. 282.

(5) NEVES, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2009.

(6) ERMIDA, Oscar. Ob. cit., p. 283.

en el derecho el concepto de remuneración no necesariamente será el mismo para el Derecho del Trabajo o el Derecho Tributario.

El Derecho del Trabajo considera al salario como “una prestación debida al trabajador subordinado, por su empleador, en relación sinalagmática con la debida por aquel a este (prestación del trabajo). Es decir, que el salario es, ante todo, la contraprestación del trabajo subordinado”⁽⁷⁾. Asimismo, dentro del término de remuneración aparece el concepto de ganancia individual, por lo cual el salario es la ventaja patrimonial que se recibe como contraprestación del trabajo subordinado.

Justo López señala que para que se trate de una ventaja patrimonial, no es indispensable que el trabajador subordinado reciba de su empleador una cantidad de dinero, pues basta que la ventaja consista en una ocasión de ganancia. En cambio, aquello que el trabajador reciba con motivo de la relación laboral, pero no a título de contraprestación por su trabajo, como por ejemplo, las condiciones de trabajo, no constituirán remuneración⁽⁸⁾. Este criterio se ve reflejado en el artículo 19 de la Ley de Compensación por tiempo de servicios, el cual establece que las condiciones de trabajo son no remunerativas⁽⁹⁾.

En ese sentido, constituye remuneración la contraprestación que recibe el trabajador por los servicios prestados al empleador, ya sea en dinero o especie, que es de su libre disposición y que representa una ventaja patrimonial para él.

Según la definición mencionada, las características de la remuneración son la contraprestación y la libre disposición de esta. Díez-Picazo define como libre disposición “aquellos por medio de los cuales un derecho subjetivo actualmente existente es inmediatamente transformado, modificado o extinguido”⁽¹⁰⁾. El derecho subjetivo que le es conferido al trabajador con la celebración y ejecución del contrato de trabajo, es el que el trabajador ejerce sobre la cosa (bien o servicio) que le es pagada, es decir, sobre el contenido de su remuneración. No obstante existe una discusión respecto a la consideración de la libre disposición como característica principal de la remuneración, pues si bien entendemos que la contraprestación recibida por

(7) LÓPEZ, Justo. *El Salario*. Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1988, p. 33.

(8) *Ibíd.*, p. 35.

(9) Artículo 19, inciso c) del Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por tiempo de servicios, aprobado por Decreto Supremo N° 001-97-TR.

(10) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Civitas, Madrid, 1999, p. 79.

el trabajador será destinada a los fines que estime más convenientes, existen situaciones en las cuales la disposición de la contraprestación es limitada (como los pagos en especie o una asignación escolar).

Con relación al carácter contraprestativo de la remuneración, no existe una postura única al respecto, pues hay distintas teorías que buscan explicar cuál es la prestación llevada a cabo por el trabajador en cuya contraprestación aquella es pagada. Al respecto, Mónica Pizarro⁽¹¹⁾ esboza en su libro *La remuneración en el Perú* una clasificación de estas posturas.

La primera teoría se refiere a la remuneración como contraprestación al trabajo efectivo. Esta considera que la remuneración es la contraprestación del trabajo efectivamente realizado por el trabajador. Dentro de este esquema el pago de la remuneración solo es debido contra el trabajo prestado. El inconveniente de esta teoría radica en la dificultad de explicar el carácter remunerativo de los pagos realizados al trabajador cuando no hay prestación.

La segunda teoría considera a la remuneración como contraprestación a la disponibilidad del trabajador. Es decir, que la remuneración constituye en realidad una contraprestación a la puesta a disposición de la fuerza de trabajo. “Puesta a disposición” de la fuerza de trabajo significa que, en el marco de la relación de trabajo, existen periodos en los cuales el trabajador se encuentra a disposición de su empleador, pero no realiza una prestación efectiva de servicios. Esta posición permite atribuir carácter remunerativo a los pagos efectuados al trabajador, incluyendo a los realizados durante dichos periodos.

Rodríguez Mancini señala que en el marco de la relación de trabajo, “el salario configura una ventaja patrimonial (ganancia) para el trabajador. Para que el pago efectuado por el empleador constituya salario, debe consistir en un beneficio retributivo, que se recibe como contraprestación del trabajo prestado en relación de dependencia, o bien a raíz de la puesta en disposición del empleador de la energía laboral, aun cuando este no la utilice”. Agrega el autor, que “hay casos en los cuales, aun sin prestación de servicios o puesta a disposición del empleador, el trabajador puede percibir salarios como sucede en algunas de las hipótesis de suspensión de los efectos del contrato de trabajo (enfermedad, vacaciones, etc.)”⁽¹²⁾. Para el desarrollo de

(11) PIZARRO DÍAZ, Mónica. *La remuneración en el Perú*. Estudio González & Asociados, Lima, 2006, pp. 43, 44 y 45.

(12) RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. *Curso de Derecho del Trabajo y de la seguridad social*. 5ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2004, pp. 269-270.

este ensayo, se considerará a la contraprestación como la retribución entregada al trabajador por la fuerza a disposición de su fuerza de trabajo.

Finalmente, la última teoría circunscribe a la remuneración como contraprestación a la existencia del contrato de trabajo. Esta postura afirma que la remuneración se debe como contraprestación a la existencia del propio contrato de trabajo, lo que permite atribuir carácter salarial a todos aquellos pagos percibidos por el trabajador por su condición de tal, independientemente de que existan o no, prestación efectiva de servicios o puesta a disposición de la fuerza de trabajo.

2. Los planes de *stock options* vs. los incentivos sujetos al cumplimiento de metas

Los incentivos laborales son estímulos que se otorgan a los trabajadores, ya sea en dinero o en especie, con la finalidad de generar una acción por parte del trabajador. Es decir, que el otorgamiento de los incentivos se encuentra sujeto a una condición, aquella que el empleador busca como respuesta al estímulo. Por ejemplo, existen bonos que se entregan al cumplir determinadas metas o cantidades de dinero que se entregan como incentivos por renuncia. Los incentivos, al encontrarse sujetos a una acción del trabajador (prestación), se convierten en la contraprestación de ella.

Si bien nuestra legislación no regula de manera específica los incentivos laborales, se puede determinar su naturaleza remunerativa al analizar si cumple con las características de la remuneración. Como se ha señalado en el punto anterior, los criterios para definir si un concepto es remunerativo son la contraprestación y la libre disponibilidad de esta. Los incentivos laborales, por ejemplo, los bonos sujetos a cumplimiento de metas o los incentivos al cese, cumplen con el primer requisito, pues son otorgados al trabajador siempre que este alcance los objetivos planeados o decida renunciar a su puesto de trabajo. Es decir, que para que su entrega sea efectiva, el trabajador tiene que cumplir con una prestación, con lo cual queda claro que los incentivos cumplen con la primera característica de la remuneración, pues tienen carácter contraprestativo. Por otro lado, en la medida en que el trabajador puede disponer del destino del bono o del incentivo al cese, los incentivos cumplen con la segunda característica de la remuneración.

Como se ha mencionado, la determinación de la naturaleza remunerativa de los incentivos dependerá de las características y circunstancias en las que se entrega dicho concepto, por lo cual debe realizarse un análisis a cada caso en particular. Sin perjuicio de ello, se puede observar de la jurisprudencia

peruana que en algunas oportunidades los incentivos laborales han sido confundidos con pagos extraordinarios (liberalidades), lo que ha traído como consecuencia que no se les reconozca la naturaleza remunerativa.

En la Casación Laboral N° 1465-2012-Lima, se cuestionó la motivación hecha sobre la naturaleza de los incentivos entregados por el empleador a favor de sus trabajadores, en virtud de evaluaciones de resultados y desempeño. Al respecto, se señaló que estos no constituyen un pago obligatorio, sino que se encuentran sujetos a una condición, pues dependen del cumplimiento de metas u objetivos, los cuales no necesariamente pueden ser cumplidos anualmente por los trabajadores. En ese sentido, se determinó que dichos incentivos no tenían carácter remunerativo, al calificar como un pago de carácter extraordinario.

A nuestro parecer, el criterio adoptado en la casación citada, desconoce, de forma errónea, la naturaleza remunerativa de los incentivos, y lo confunde con el concepto de gratificación extraordinaria, contemplada en el literal a) del artículo 19 de la Ley de CTS, que establece que no son remunerativos los pagos extraordinarios, realizados por el empleador a título de liberalidad.

Tal como menciona Jorge Toyama⁽¹³⁾, la exclusión legal del artículo 19 de la Ley de CTS atiende al carácter extraordinario y liberal de la gratificación. De esta forma, se prevén dos elementos relevantes: lo ocasional y el carácter no contraprestativo. El carácter extraordinario se refiere a que el pago de este concepto debe ser ocasional. Es importante precisar, que de los conceptos no remunerativos, este es el único que se convierte en remuneración por la reiteración, dado que la exclusión tiene íntima relación con la periodicidad de la entrega. Por otro lado, el carácter no contraprestativo hace referencia a que el pago debe prescindir de la prestación de servicios del trabajador, debe ser una liberalidad del empleador, característica que diferencia a la gratificación extraordinaria de los incentivos laborales.

En otros casos, se han entregado incentivos al término de la relación laboral, considerándolos erróneamente como gratificaciones extraordinarias de carácter liberal. Afortunadamente, en algunas oportunidades los tribunales han realizado una clara diferenciación entre incentivo y gratificación extraordinaria, tal como se establece en la Casación N° 17-98-Piura: “(...)

(13) TOYAMA, Jorge. *Los conceptos no remunerativos*. Revisado el 15 de junio de 2014 a las 10:00 p.m. en: <http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_32/doc_boletin_32_01.pdf>.

que, una cantidad otorgada a título de gracia, significa que se ha hecho una concesión gratuita, un acto de liberalidad motivado por el puro deseo del dar sin merecimiento particular del beneficiario, lo (...) que nos ocupa permitir concluir que el dinero alcanzado al actor como incentivos por renuncia voluntaria no puede tener carácter de otorgado a título de gracia, pues precisamente estaba sujeto a que el trabajador renuncie, convirtiéndose en contraprestación a la renuncia (...).”

Del mismo modo, el Tribunal Fiscal, ha tomado en su jurisprudencia los criterios del Derecho del Trabajo, con relación a la naturaleza jurídica de los incentivos y su impacto en las aportaciones a EsSalud. En ese sentido, ha distinguido los incentivos, como los bonos por productividad, de los pagos realizados a título de liberalidad, señalando que “para que un concepto no remunerativo conserve sus elementos de liberalidad y ocasionalidad, no debería estar vinculado a la productividad, pues de ese modo se aproximaría a la condición contraprestativa que tienen las remuneraciones”. Asimismo, el Tribunal comenta que, en el caso de los bonos por productividad, en vista de que el empleador realiza una evaluación, con base en el rendimiento laboral de los trabajadores, a fin de determinar la entrega del beneficio, ello no constituiría en puridad una liberalidad, pues su entrega es condicionada a una contraprestación por el logro de las metas que la empresa trazó a cada trabajador⁽¹⁴⁾.

Los planes de premios en acciones, en la medida que tienen como finalidad el cumplimiento de condiciones por parte del trabajador, como el prestar servicios a la empresa durante un determinado periodo de tiempo, pueden ser considerados como un tipo de incentivo laboral y como tales, como un concepto remunerativo.

III. LOS *STOCK OPTIONS* COMO PARTE DE LA REMUNERACIÓN DEL TRABAJADOR

A finales del siglo XX, en las décadas de 1970 y 1980, se dio una práctica generalizada de entregar bonos anuales a los directivos de las empresas más grandes, los cuales en muchas ocasiones llegaron a representar entre el 20 % y el 50 % de su contraprestación. Sin embargo, la entrega de estos

(14) Tribunal Fiscal: RTF N° 18554-1-2011. Lima, 8 de noviembre de 2011.

bonos suponía una visión a corto plazo, pues en la medida que los directivos recibían estos beneficios en el periodo de un año, no incentivaba una visión empresarial a largo plazo⁽¹⁵⁾.

Hoy en día, la circulación del capital humano es más volátil que antes. Los trabajadores más destacados suelen migrar de las empresas en busca de mayores beneficios e incentivos. En este contexto, las grandes compañías se han visto obligadas a cambiar sus esquemas remunerativos tradicionales por sistemas atractivos para los empleados más cotizados. Estos nuevos esquemas remunerativos han implicado el fomento de la participación de los trabajadores en la propiedad de la empresa, de forma que además de retribuir su trabajo con una compensación, se cree una relación entre la empresa y el trabajador a largo plazo. Este objetivo se logra a través de los planes remunerativos en acciones.

Los planes remunerativos en acciones son sistemas que buscan otorgar al trabajador una participación en la propiedad de las empresas a través de acciones. Si bien se trata de un sistema novedoso y aún desconocido en nuestro país, en mi práctica preprofesional he podido notar que este viene siendo aplicado en muchas compañías multinacionales para retener a sus trabajadores más importantes, por lo general a aquellos que integran la plana directiva.

1. Tipos de planes de incentivos en acciones

En la actualidad existen distintos tipos de planes remunerativos en acciones, los cuales son clasificados de acuerdo con las características de los programas. Los incentivos más comunes son los *stock options* (opciones de compra de acciones), los *restricted stock awards* y los *restricted stock units* (compra restringida de acciones).

En la medida que el otorgamiento de estos incentivos es aún novedoso, no existe una regulación uniforme al respecto. En ese sentido, son las mismas empresas las que establecen las reglas de los planes de incentivos en acciones, así como los tipos y sus características. Por ello, con el objetivo de realizar una clasificación a efectos de este trabajo, hemos acudido a revisar los planes de incentivos de distintas empresas multinacionales, las cuales, por motivos de confidencialidad, no serán nombradas⁽¹⁶⁾.

(15) LORA, Germán. "Programa de stock options: ¿forma de retribuir al trabajador?". En: *Revista Ius et Praxis*. N° 31, Lima, 2000, p. 72.

(16) Las empresas cuyos planes hemos empleado para realizar una clasificación pertenecen a los sectores de industria, tecnología y telecomunicaciones.

Stock options

El plan de *stock options* consiste en el derecho de opción que se le otorga a los trabajadores de adquirir un número determinado de acciones de la compañía, a un precio determinado previamente, usualmente el precio de valor de mercado al momento de acordar el beneficio o un valor de compra determinado por la Compañía en la fecha de concesión (*grant date*). Para poder ejercer el derecho de opción, debe cumplirse un periodo de devengo (*vesting period*), en el cual el trabajador debe cumplir ciertos objetivos o metas. Cabe señalar, que luego del periodo de devengo, el trabajador tendrá un plazo límite para ejercer el derecho. Por lo general se puede ejercer un porcentaje del derecho de opción cada año, de acuerdo con el cronograma que establezca la compañía.

Restricted stock o Restricted stock awards

Son acciones entregadas sin un pago de por medio al beneficiario (trabajador), en forma de compensación por los servicios prestados para la Compañía, con sujeción a ciertas restricciones de devengo (*vesting*), las cuales incluyen el objetivo de logros de rendimiento específicos.

La transferencia o venta de las acciones no se encuentra permitida, hasta que estas acciones se hayan devengado por un periodo determinado, de acuerdo a los plazos acordados. Asimismo, en caso se acuerde, los trabajadores con este beneficio tienen derecho a voto y a recibir dividendos..

Restricted stock unit

Son un derecho contractual a recibir un determinado número de acciones o la cantidad en dinero equivalente al valor de dicho número de acciones concedidas al beneficiario, sin un pago de por medio, como compensación por los servicios prestados a la Compañía, con sujeción a ciertas restricciones de devengo, las cuales incluyen el objetivo de logros de rendimiento específico. Por lo general, cuando se acuerda el pago en dinero del equivalente al valor de las acciones, el precio tomado como referencia es el valor de mercado al momento del *vesting date*.

La transferencia o venta de las acciones se puede realizar una vez que las acciones hayan devengado por un periodo determinado, según los plazos acordados en el plan. Adicionalmente, los trabajadores con este beneficio tienen derecho a voto y a recibir dividendos, siempre que este beneficio sea parte del plan otorgado por la empresa.

Este ensayo se centrará en el análisis de los *stock options* y en su tratamiento laboral en el Perú.

2. Definición y finalidad de los *stock options*

No existe un concepto absoluto respecto de los planes remunerativos en acciones, ya que corresponden a un sistema novedoso de remuneración, que ha sido implementado por las mismas empresas en la práctica. De la misma forma, los tipos de planes tampoco cuentan con una definición única, por lo que intentaremos esbozar una de acuerdo con la opinión de diversos juristas.

A nivel comparado, Christian Schmitz define las *stock options* como un contrato que materializa un sistema de compensación laboral, y mediante el cual se otorga al trabajador la facultad de ejercer la opción de comprar, en un plazo predeterminado y a un precio preferente y también predeterminado, acciones de la sociedad anónima abierta, con la cual se relaciona directa o indirectamente a través de su contrato de trabajo.⁽¹⁷⁾ De la misma forma, Francisco Pérez de los Cobos define las *stock options* como el contrato que otorga el derecho, de comprar o vender un activo determinado, normalmente de acciones de la propia empresa, a un precio y en una fecha prefijada⁽¹⁸⁾. De la misma forma, Miguel Córdoba se refiere a las *stock options* como “el contrato que da derecho al comprador de la opción de comprar o a vender a una determinada cantidad de acciones a un determinado precio en una fecha determinada, y durante un periodo, asimismo, determinado”⁽¹⁹⁾.

En el Perú, los juristas que han analizado los planes de *stock options* han seguido la misma línea. En ese sentido, Karina Montestruque considera que las opciones sobre acciones son un “contrato formalizado entre dos partes, por el que se otorga a una de ellas, a cambio de la entrega a la otra de una contraprestación económica denominada prima, el derecho a comprar o vender una acción en un determinado momento o periodo de tiempo al precio fijado previamente entre ellas, el cual recibe la denominación de precio de ejercicio”⁽²⁰⁾.

(17) SCHMITZ VACCARO, Christian. “Las *stock options* y su introducción en Chile”. En: *Revista chilena de Derecho*. Vol. 29, N° 3, 2002, p. 558.

(18) PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. “Implicaciones laborales de las *stock options*”. En: *Revista Actualidad Laboral*. N° 1, 2001, p. 57.

(19) CÓRDOBA BUENO, Miguel. *Guía de las stock options*. Editorial Deusto Barcelona, 2001. p. 28.

(20) MONTESTRUQUE ROSAS, Karina. “Tratamiento tributario de las *stock options*”. En: *Análisis Tributario*. N° 236, Lima, 2007, p. 0,

Todas estas definiciones coinciden en que los *stock options* son un contrato de opción, en el cual una de las partes (empleador) otorga a la otra (trabajador) a modo de contraprestación, el derecho a comprar un determinado número de acciones, a un determinado precio y en un determinado periodo de tiempo, por permanecer en la compañía y alcanzar objetivos preestablecidos, en el marco de su relación laboral.

Podría decirse que los planes de remuneración en acciones buscan beneficiar tanto al empleador como al trabajador. Como bien se señaló en el inicio del segundo punto, los planes de remuneración en acciones buscan por un lado, motivar e incentivar a los trabajadores como retribución a sus labores, y por otra, retenerlos en la compañía. Por otra parte, el empleador está interesado en aumentar el compromiso de su personal para con la empresa y a relacionar la gestión individual de los trabajadores a los resultados corporativos. Es así que los planes de *stock options* tienen como finalidad atraer y retener al personal valioso, aumentando el apego por la compañía, para compensar la buena gestión de los trabajadores. De esta forma, se produce un “alineamiento de intereses u objetivos” entre los trabajadores y la empresa, que consiste en la correlación entre el desempeño individual de los trabajadores y el colectivo de la empresa⁽²¹⁾.

Por otro lado, el trabajador se ve beneficiado con el otorgamiento de esta opción ya que puede adquirir las acciones de la empresa a un precio preferencial, lo cual le generará una ventaja patrimonial y, además, podrá convertirse en dueño parcial de la empresa para la cual presta servicios.

3. Fases de los planes de *stock options*

Previo a indicar las fases de los planes de *stock options*, es necesario aclarar algunos conceptos clave que servirán para entender el proceso de entrega⁽²²⁾:

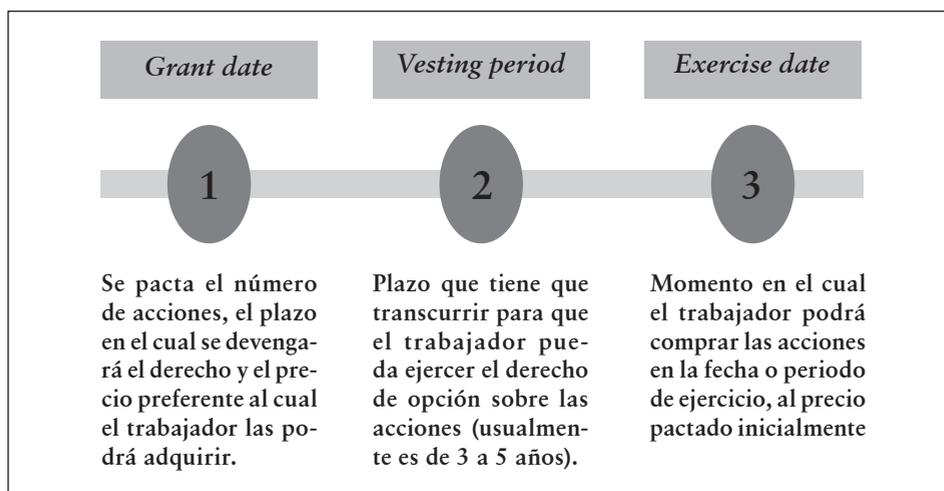
- **Fecha de otorgamiento (*Grant date*):** Es la fecha en la cual se acuerda con el trabajador el número de acciones que va a tener derecho a comprar luego de un determinado plazo y el precio al cual las podrá adquirir.

(21) SCHMITZ VACCARO, Christian. “Las *stock options* y su introducción en Chile”. En: *Revista chilena de Derecho*. Vol. 29, N° 3, 2002, p. 562.

(22) En: <<http://www.investopedia.com/articles/optioninvestor/07/esoabout.asp>>. visitado el domingo 8 de junio a las 21:50 horas.

- **Precio de ejercicio o de entrega (*exercise price o grant price*):** Es el precio por acción que el trabajador debe pagar al ejercer su derecho de compra de las acciones, acordado en el momento de suscribir el plan con el empleador. Este precio es importante ya que este se emplea para determinar la ganancia que obtiene el trabajador al comprar las acciones, pues por lo general el precio de estas al comprarlas suele ser el del valor del mercado, que usualmente es mayor al precio de ejercicio.
- **Periodo de devengo (*vesting period*):** Es el cronograma establecido por la empresa para que se devengue el derecho del trabajador a adquirir las acciones. En otras palabras, es el plazo que se exige al trabajador que permanezca en la compañía para que pueda ejercer su derecho de compra. El periodo de devengo inicia el día en que la acciones son otorgadas (*grant date*) y termina el día en el que puede ejercer su derecho de compra. Una vez finalizado este periodo, el trabajador puede ejercer su derecho de compra sobre los *stock options*.
- **Periodo de ejercicio (*exercise period*):** Es el periodo específico en el cual se puede ejercer el derecho de opción sobre las acciones. El periodo de ejercicios comienza cuando los *stock options* se devengan de acuerdo con el cronograma de devengo (*vesting period*). Al finalizar el periodo de ejercicio, las *stock options* que no fueron utilizadas expiran.
- **Fecha de expiración:** El periodo de devengo vence en la fecha de expiración. En esta fecha, el empleador deja de reservar el derecho de comprar las acciones de la compañía bajo los términos del acuerdo a su trabajador.

Los planes de opciones en acciones contemplan distintos momentos para que el beneficio entregado al trabajador sea efectivo. A continuación presentamos un gráfico con las fases de los planes de *stock options*:



Por ejemplo, un plan de *stock options* pactado con un trabajador, establece que este podrá adquirir 1,000 acciones de la compañía, en un periodo de devengo de cinco años. De acuerdo con este esquema, en la fecha de otorgamiento *grant date* se fijará el número de acciones y precio que el trabajador podrá adquirir. Dado que el periodo de devengo es de cinco años, el trabajador podrá ejercer 200 acciones por año. En ese sentido, un año después de la fecha de otorgamiento, el trabajador podrá ejercer su derecho de compra sobre 200 acciones, y así sucesivamente por los cuatro años siguientes, hasta que se culmine con el plazo pactado. Las acciones podrán ser adquiridas al precio pactado en la fecha de otorgamiento, el cual, a efectos de que origine el interés del trabajador de adquirir las acciones, tendrá que ser inferior al precio de valor de mercado de las acciones durante la fecha del ejercicio.

Precisamente, este último momento es el importante para analizar la naturaleza de los *stock options*. Como hemos mencionado, en la fecha de otorgamiento se pacta el precio al cual el trabajador podrá adquirir las acciones. Usualmente, el monto pactado es el precio del valor de mercado de las acciones en ese momento o inferior. Por otro lado, la condición para que el trabajador pueda ejercer su derecho de opción de compra de esas acciones, es que haya prestado servicios a su empleador durante un determinado tiempo (usualmente de 3 a 5 años). Luego de transcurrido este plazo, si el trabajador opta por ejercer su derecho de opción y comprar un determinado número de acciones, pagará un precio inferior al valor de cotización de las acciones en ese momento. La diferencia entre el precio pactado originalmente y

el precio de ese momento de las acciones, constituye un ahorro para el trabajador, pues en otras circunstancias (es decir, de no mediar un pacto de opción de compra de acciones con la compañía), tendría que haber pagado el valor actual de las acciones. En ese sentido, esta diferencia representa un beneficio, una ventaja patrimonial para el trabajador, por lo cual debe ser reconocida su naturaleza remunerativa.

4. ¿Los *stock options* como remuneración en especie?

Como bien se ha señalado en el apartado anterior, la entrega de *stock options* constituye un beneficio para el trabajador, en la medida que la diferencia entre el valor de compra con el valor de mercado representa una ganancia para él. Ahora bien, la empresa puede otorgar este beneficio en acciones o en efectivo, dependiendo del tipo de plan que ofrezca a sus trabajadores. En ambos casos, el beneficio debe considerarse como contraprestativo, pues el trabajador recibe una ventaja patrimonial, que es de su libre disposición y tiene como origen la puesta a disposición de su fuerza de trabajo⁽²³⁾.

Cuando el beneficio es entregado en efectivo, queda claro que la diferencia entre el precio prefijado con el trabajador y el valor real de las acciones al momento de su adquisición tiene naturaleza remunerativa, pues como ya se mencionó, es la contraprestación al servicio prestado por el trabajador, que representa una ventaja patrimonial y es de su libre disposición.

Sin perjuicio de ello, cuando este beneficio es entregado al trabajador en acciones, no resulta tan clara su naturaleza remunerativa. Al tratarse de una contraprestación distinta al dinero, puede considerarse como un pago en especie.

La normativa peruana regula de manera escasa a la remuneración en especie. El Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 incluye en su definición de remuneración, el íntegro de los que el trabajador percibe 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⁽²⁴⁾. Por otro lado, la misma norma señala que los conceptos que no constituyen remuneración son aquellos contemplados en la Ley de Compensación

(23) PIZARRO DÍAZ, Mónica. *La remuneración en el Perú*. Estudio González & Asociados, Lima, 2006, p. 191.

(24) Artículo 6 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR.

por Tiempo de Servicios, entre ellos, algunos pagos en especie como la canasta de Navidad, transporte, vestuario y los bienes de la propia producción de la empresa⁽²⁵⁾.

Si bien lo regulado no establece una definición de la remuneración en especie, concordamos con la definición propuesta por Larrea de Rossi, que surge de la lectura en conjunto de las normas mencionadas. De esta forma, califica a la remuneración en especie como “toda prestación –distinta al dinero que el trabajador reciba– de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado –como contraprestación por su trabajo, que le genere una ventaja patrimonial y que sea de libre disponibilidad; y que a su vez implique el disfrute, utilización, consumo u obtención– para fines propios o de su familia– de bienes, derechos o servicios que sean individualizables, cuantificables, de uso común y fácil circulación en el mercado”⁽²⁶⁾. Del mismo modo, Sala Franco define la remuneración en especie como “toda retribución comprometida *in obligatione* por el empresario al trabajador en un bien distinto al dinero”⁽²⁷⁾.

Consideramos que los *stock options* caben dentro de la definición propuesta por Larrea de Rossi, pues el beneficio no es entregado al trabajador en dinero, sino en acciones y tiene como origen la prestación de servicios del trabajador al empleador. Asimismo, como hemos explicado en los apartados anteriores, el precio preacordado por las partes al momento del *grant date* usualmente es inferior al valor de mercado de las acciones cuando estas son adquiridas por el trabajador. Una vez que el trabajador cumple con el periodo de permanencia en la empresa pactado, adquiere la propiedad de las acciones. Por lo tanto, le generan una ventaja patrimonial, pues ha pagado por ellas un precio inferior al valor real, es decir que representan para él un ahorro. Además, dado que las acciones han ingresado a su patrimonio, son de su libre disponibilidad, ya que el trabajador puede decidir el destino de las mismas, sin ninguna condición de por medio. Finalmente, consideramos que las acciones, son individualizables y cuantificables, pues son atribuidas a un trabajador en concreto y tienen un valor individual, y a su vez son de fácil circulación en el mercado, pues el intercambio de valores mobiliarios es continuo en el mercado de valores.

(25) Artículo 19 y 20 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-97-TR.

(26) LARREA DE ROSSI, Jorge. *Análisis laboral-tributario de los pagos en especie*.

(27) SALA FRANCO, Tomás. *Derecho del Trabajo*. 10ª ed., Tirant lo Blanch libros, Valencia, 1996, p. 466.

En ese sentido, si bien no existe una definición expresa de la remuneración en especie en la legislación peruana, luego de analizar su naturaleza, consideramos que la entrega de acciones como parte de los planes de *stock options* sí califica como un tipo de remuneración en especie. Por tal motivo, corresponde que se le dé el mismo tratamiento que a cualquier concepto remunerativo y, en consecuencia, sea considerado como base de cálculo de los beneficios legales y contribuciones sociales, a excepción de las aportaciones a la administradora de fondos de pensiones del sistema privado. Tal como se establece en el Tuo de la Ley del sistema privado de Administración de fondos de pensiones⁽²⁸⁾, se entiende como remuneración asegurable únicamente aquellas rentas provenientes del trabajo personal del afiliado percibidas en dinero, por lo cual la remuneración en especie quedaría excluida de la base de cálculo de los aportes.

IV. LA INCIDENCIA DEL TRATAMIENTO DE LOS *STOCK OPTIONS* EN LA RELACIÓN LABORAL

El análisis de la naturaleza jurídica de los *stock options* no es únicamente un asunto conceptual, sino que tiene implicancias prácticas en la relación laboral. Es decir, que trae consecuencias tanto para el trabajador como para el empleador, pues por un lado determinará los beneficios que debe recibir el trabajador y, por otro, los costos laborales que debe asumir el empleador. Con ello nos referimos a que la calificación de un concepto como remunerativo o no, definirá si debe ser considerado como base de cómputo para determinación de beneficios sociales o para las aportaciones a la seguridad social.

En esta última parte analizaremos las consecuencias jurídicas de la entrega por parte de las empresas de *stock options* a sus trabajadores.

1. Cómputo en el cálculo de beneficios sociales

En primer lugar, analizaremos las implicancias de la entrega de *stock options* en el cómputo de los beneficios sociales, ya que constituyen una de las pretensiones más recurrentes en los procesos laborales.

A efectos de tener un primer acercamiento al concepto de beneficios sociales, se debe tener en consideración lo señalado por la Constitución

(28) Artículo 30 del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N° 054-97-EF, el 14 de mayo de 1997.

Política del Perú⁽²⁹⁾, la cual alinea a los beneficios sociales con el salario del trabajador, al indicar que el pago de la remuneración y de los beneficios sociales tiene primer orden de prioridad en la jerarquía de acreedores del empleador. Coincidimos con Pizarro Díaz⁽³⁰⁾ en que la remuneración y los beneficios sociales son conceptos distintos, pero complementarios, en tanto agrupan a todas las percepciones que son entregadas al trabajador. Como menciona en referencia a los beneficios sociales, este concepto resulta amplio y poco preciso, ya que existen ciertos beneficios sociales que son remuneración, pero otros que no lo son, lo cual trae como consecuencia que sea posible sostener distintas posiciones alrededor del contenido que debe darse a la noción de beneficio social. Del mismo modo, Toyama Miyagusuku⁽³¹⁾ sostiene que existen diferentes posiciones que se han esgrimido tratando de delinear los alcances del concepto de beneficio social, entre ellos los siguientes: i) criterio restrictivo, ii) criterio amplio, iii) criterio diferenciado, iv) criterio excluyente y v) criterio legal. En vista de que el objeto de este trabajo no es analizar la naturaleza de los beneficios sociales, no ahondaremos en las posiciones en torno a este concepto. Únicamente tomaremos como referencia la concepción amplia de este concepto, compartida por Pizarro Díaz y Toyama Miyagusuku, la cual considera a los beneficios sociales como todos aquellos conceptos que perciben los trabajadores con ocasión del trabajo dependiente, es decir, que todos aquellos que tienen su origen en la relación laboral.

Sin perjuicio de lo anterior, a efectos de las implicancias de los *stock options* en la determinación del cómputo de los beneficios sociales, nos referiremos únicamente a aquellos que tienen su origen en la ley, como la compensación por tiempo de servicios, gratificaciones legales, participación en las utilidades y pago de la remuneración vacacional. No obstante, limitaremos nuestro análisis a los siguientes beneficios sociales: i) compensación por tiempo de servicios y ii) gratificaciones legales.

Compensación por tiempo de servicios

La compensación por tiempo de servicios es entendida como un beneficio social el cual tiene como finalidad prever las contingencias que origina el cese en el trabajo. Este beneficio se encuentra regulado en la normativa

(29) Artículo 24 de la Constitución Política del Perú de 1993.

(30) PIZARRO DÍAZ, Mónica. Ob. cit., pp. 155 y 156.

(31) TOYAMA, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 303 y 304.

laboral mediante el TUO de la Ley N° 650⁽³²⁾ y comprende a los trabajadores sujetos al régimen laboral común de la actividad privada que cumplan, cuando menos en promedio, una jornada mínima diaria de cuatro horas. Según esta norma, la CTS se devenga mensualmente y se deposita en forma semestral, por lo cual le corresponde al trabajador una remuneración mensual en promedio anual, por cada año laborado.

La remuneración computable a efectos de la CTS es la remuneración básica y todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador, en dinero o en especie en contraprestación a su labor, cualquiera sea la denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición. Se considera remuneración regular a aquella percibida habitualmente por el trabajador, es decir, cuando el trabajador la ha percibido, cuando menos, en alguna oportunidad en tres meses durante el semestre correspondiente. Por otro lado, la ley contempla también a las remuneraciones que se abonan por un periodo mayor, las cuales se incorporan a la remuneración computable a razón de un doceavo de lo percibido en el semestre respectivo. Cabe señalar que no se contempla en el cómputo de la CTS las remuneraciones que se abonen en periodos superiores a un año.

A efectos de determinar si el otorgamiento de *stock options*, ya sea en efectivo o en acciones, incide en el cómputo de la CTS, en primer lugar se debe analizar la periodicidad de su entrega. Como se indica en la Ley de CTS, únicamente es considerada como remuneración computable aquella que es entregada como máximo en un periodo anual, pues aquellas remuneraciones de periodicidad superior a un año no son contempladas en el cómputo del beneficio. Como hemos mencionado en el punto anterior, los planes de *stock options* son incentivos a largo plazo, por lo cual se suelen entregar de forma anual durante un periodo de tiempo determinado (por lo general de 3 a 5 años). En ese sentido, la determinación de este beneficio como base de cálculo de la CTS, dependerá si es entregado en un periodo máximo de un año, ya que la ley excluye de manera expresa a todos aquellos pagos de periodicidad superior al año. Partiendo de la premisa que los planes de *stock options*, por lo general, establecen que la entrega del beneficio se realizará de forma anual, creemos que debe ser considerado como remuneración computable para el cómputo de la CTS. Por lo tanto, siguiendo lo establecido por la norma mencionada, debería incorporarse 1/12 del monto percibido dentro del cálculo de la CTS. Es preciso resaltar que será una situación

(32) Texto Único Ordenado de la Ley N° 650, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-97-TR.

distinta si el plan de *stock options* contempla el ejercicio del derecho de opción por periodos mayores a un año.

Gratificaciones legales

Las gratificaciones son aquellas sumas de dinero que el empleador otorga al trabajador en forma adicional a su remuneración mensual, las cuales pueden ser extraordinarias o regulares (es decir, aquellas que el empleador se encuentra obligado a otorgar de forma permanente). La Ley N° 27735, la cual regula el otorgamiento de las gratificaciones, dispone que los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada tienen derecho a percibir dos gratificaciones en el año, una con motivo de Fiestas Patrias y otra con motivo de Navidad. Estas gratificaciones son ordinarias y obligatorias, pues tienen sus origen en el mandato de una norma legal, por lo cual ante el incumplimiento del empleador, el trabajador se encuentra facultado a reclamar judicialmente su pago. Las gratificaciones equivalen a una remuneración mensual cada una, y por ello el trabajador tiene derecho a percibir catorce remuneraciones mensuales por año de servicios: doce mensuales y dos gratificaciones. Su finalidad recae en el hecho que por lo general los gastos del trabajador aumentan tanto en Fiestas Patrias como en Navidad, por lo cual se justifica el incremento de su retribución en ambas oportunidades.

De acuerdo con la Ley N° 27735, el monto de cada una de las gratificaciones es equivalente a la remuneración que perciba el trabajador en la oportunidad en que corresponde otorgar el beneficio. Para este efecto, se considera como remuneración, a la remuneración básica y a todas las cantidades que regularmente perciba el trabajador en dinero o en especie como contraprestación de su labor, cualquiera sea su origen o la denominación que se les dé, siempre que sean de su libre disposición. No obstante, se excluyen los conceptos contemplados en el artículo 19 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios. El criterio de regularidad y habitualidad adoptado por esta ley es el mismo establecido en la Ley de CTS, por lo cual los beneficios de los planes de *stock options* que contemplan su entrega en periodos anuales, también serían considerados como remuneración computable a efectos del cálculo de las gratificaciones legales.

2. Incidencia en el término de la relación laboral

Quizá un cuestionamiento que pueda hacerse a los planes de *stock options* es que uno de los requisitos para ejercer el derecho de opción sobre las

acciones es la subsistencia del vínculo laboral entre las partes. Con esto nos referimos a que de extinguirse la relación laboral durante el periodo de devengo (*vesting period*), no se cumplirá con la exigencia al trabajador de que preste servicios a la empresa por el tiempo pactado al suscribir el plan.

El tema no presenta mayor complejidad cuando es el propio trabajador el que por libre y voluntaria decisión decide terminar el vínculo laboral al renunciar a su trabajo, ya que por su propia iniciativa se torna imposible el cumplimiento del requisito para ejercer su derecho de opción. Es más, de la revisión que hemos podido hacer a algunos planes de incentivos en acciones, hemos observado que las empresas establecen en sus programas de acciones cláusulas respecto a la terminación voluntaria o por causa justificada de la relación laboral. En dichos escenarios, si el término de la relación laboral –ya sea por voluntad del trabajador o por decisión del empleador cuando hay una causa de por medio– se da antes del periodo de ejercicio, todas las acciones que no hayan sido devengadas son canceladas.

No obstante, el cuestionamiento surge cuando la relación laboral concluye por despido sin que exista una causa justa para ello, ya que el impedimento de cumplir con el requisito de permanecer por el periodo pactado en la empresa es atribuido al empleador. Consideramos que este escenario es inusual, ya que la finalidad de los planes de incentivos en acciones consiste en retener al trabajador en la empresa por un periodo determinado, por lo cual el eventual despido del trabajador sería incongruente con la voluntad inicial del empleador. No obstante, creemos que a pesar de tratarse de un escenario poco común, no es imposible.

En vista de que los *stock options* no se encuentran regulados en el ordenamiento laboral peruano, recurriremos de manera supletoria a la regulación genérica de lo que sería un contrato de opción según el Código Civil, para analizar la situación planteada. El artículo 1419 del Código Civil regula el contrato de opción, y establece que es aquel en el cual “una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no”. Este tipo de contrato se encuentra dentro del título de contratos preparatorios, por lo cual en este tipo de contrato una de las partes se vincula a celebrar un contrato futuro, mientras que la otra tiene la libre autonomía de decidir si contrata o no en el futuro, y de optar por hacerlo, debe seguir los términos estipulados en el contrato.

Entonces, este contrato genera un derecho potestativo, pues una de las partes tiene la facultad de optar si posteriormente celebra el contrato definitivo o no. En ese sentido, el contrato de opción no genera fuentes de obligaciones, pues es el paso previo al contrato definitivo. Lo que crea es un derecho potestativo, el cual puede o no ser ejercido en el futuro. La particularidad de los planes de *stock options* radica en que, si bien se concede al trabajador el derecho potestativo a comprar acciones de la empresa en un plazo determinado, el empleador condiciona el ejercicio del derecho del trabajador estableciendo un requisito previo que debe ser cumplido para que el derecho se configure. Por tal motivo, amparándonos únicamente en lo establecido por el Código Civil, consideramos que el contrato de opción, como tal, no es fuente de obligaciones, con lo cual si el vínculo laboral entre el trabajador y el empleador se extingue antes del cumplimiento de la condición exigida, el derecho de opción ya no podrá ser ejercido.

3. Tratamiento laboral-tributario de los *stock options*

El pago de *stock options* también tiene implicancias en la tributación laboral de los trabajadores, tanto en el pago del impuesto a la renta como de las aportaciones a la seguridad social. A continuación desarrollaremos brevemente las consecuencias del pago de estos beneficios en el ámbito del impuesto a la renta y respecto a los aportes a la seguridad social en el Perú.

A lo largo de este ensayo se ha analizado la naturaleza remunerativa de los *stock options* en el ámbito del Derecho del Trabajo. No obstante, cuando analizamos este beneficio desde la perspectiva del Derecho Tributario el tratamiento es distinto, pues los conceptos de remuneración y renta proveniente del trabajo dependiente no son equivalentes. Tal como establece el Reglamento de la ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, el concepto unitario de remuneración no resulta aplicable a efectos del impuesto a la renta.

Concordamos con Pizarro Díaz cuando señala que la Ley del Impuesto a la Renta tiene una finalidad distinta a la de las normas laborales, puesto que su objetivo es gravar los ingresos que generen un incremento patrimonial al sujeto obligado, independientemente de que los mismos sean una contraprestación por el trabajo, una prestación asistencial o tengan cualquier otro origen⁽³³⁾.

(33) PIZARRO DÍAZ, Mónica. Ob. cit., pp. 65 y 66.

En ese sentido, las rentas de quinta categoría son aquellas obtenidas por el trabajo personal prestado en relación de dependencia y en general, toda retribución por servicios personales. Por lo tanto, todo ingreso ocasionado por la prestación personal de un servicio dependiente califica como renta de quinta categoría para la LIR, salvo que se encuentre inafecto por la misma ley.

En vista de que los *stock options* son una compensación obtenida por el trabajador por sus servicios personales, califican como renta de quinta categoría, de acuerdo al artículo 34 del TUO de la LIR. De este modo, corresponde que el empleador registre el beneficio otorgado en la planilla del trabajador y efectúe la retención del Impuesto a la Renta correspondiente.

Con relación a los aportes a la seguridad social en el Perú, es preciso mencionar que la legislación se ocupa principalmente de las contribuciones a la seguridad social en salud y al sistema previsional. Por tal motivo, a continuación detallaremos ambos sistemas.

La Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, establece la obligatoriedad del Seguro Social en Salud para los afiliados regulares en actividad, pensionistas y trabajadores independientes incorporados bajo un ley especial. Los afiliados regulares en actividad son aquellos trabajadores activos que laboran en relación de dependencia o en calidad de socio de cooperativas de trabajadores.

El aporte se encuentra a cargo del empleador, cuya tasa es del 9 % sobre las remuneraciones que se abonen. La base imponible del aporte es la remuneración que habitualmente percibe el trabajador y asegurado regular, de acuerdo a lo señalado por el inciso a) del artículo 6 de la Ley. Como hemos desarrollado a lo largo de este trabajo, la definición de remuneración se encuentra en los artículos 6 y 7 de la LPCL. En cambio, no serán computables, los conceptos no remunerativos (como los subsidios) ni aquellos previstos en el artículo 19 de la Ley de CTS. Cabe señalar, que la base mínima imponible es la remuneración mínima legal, aun cuando el trabajador perciba una suma inferior.

Según lo establecido por la Ley N° 26790, los empleadores que hubiesen contratado con una EPS tienen la posibilidad de usar contra el aporte al EsSalud, un crédito de hasta el 25 % del aporte. En ese caso, la tasa efectiva al EsSalud sería del 6,75 %.

Respecto al Sistema Previsional, este se encuentra conformado por el Sistema Nacional de Pensiones en el cual los aportes efectuados por los afiliados, no ingresan a una cuenta individual, sino a un fondo colectivo –y el Sistema Privado de Pensiones– el cual es un régimen de capitalización individual, en donde los aportes del trabajador se depositan en una cuenta individual de capitalización (CIC) que se incrementa mes a mes, con los nuevos aportes y con la rentabilidad generada por las inversiones del fondo.

La base imponible sobre la que se efectúa la retención por concepto de ONP es la remuneración asegurable que habitualmente percibe el trabajador asegurado regular. Esta no puede ser inferior a la Remuneración Mínima Legal, aun cuando el trabajador perciba una suma inferior. La remuneración asegurable comprende las remuneraciones que perciba el trabajador, conforme a la definición prevista en los artículos 6 y 7 de la LPCL y abarca tanto a la remuneración en efectivo como en especie, así como los subsidios a cargo de EsSalud. Cabe señalar, que no califica como remuneración asegurable los conceptos no remunerativos previstos en el artículo 19 de la ley de CTS, o que no cumplan con los criterios señalados en la ley para ser considerados como tales.

Al igual que en el Sistema Nacional de Pensiones, la base imponible sobre la que se efectúa la retención por concepto de AFP es la remuneración asegurable que habitualmente percibe el afiliado, la cual no puede ser inferior a la Remuneración Mínima Legal, aún cuando el trabajador perciba una suma inferior. Sin embargo, la remuneración asegurable comprenderá únicamente al total de las rentas en dinero provenientes del trabajo personal del afiliado, los subsidios que perciba el trabajador, cualquiera fuese su naturaleza y los reintegros de remuneraciones, siempre que correspondan a periodos durante los que el trabajador ya se hubiese encontrado afiliado al SPP⁽³⁴⁾.

De acuerdo con lo mencionado en los párrafos anteriores, el análisis de la naturaleza remunerativa de los *stock options* también resulta importante, ya que el beneficio pagado en dinero o en acciones tendrá que ser considerado como base de cálculo de las aportes a la seguridad social y al sistema privado de pensiones. Es preciso mencionar que únicamente en los casos que se pacte el pago en acciones, es decir, en especie, el beneficio no será considerado como base de cómputo de aportes al sistema nacional de pensiones.

(34) Ley N° 29903, publicada el 19 de julio de 2012, que entró en vigencia en el plazo de 120 días a partir del día siguiente de la publicación del reglamento en el diario oficial *El Peruano*.

V. CONCLUSIONES

1. De acuerdo con los alcances establecidos por la doctrina y el ordenamiento constitucional y legal peruano, la remuneración es la contraprestación que recibe el trabajador por los servicios prestados al empleador, ya sea en dinero o especie, que es de su libre disposición y que representa una ventaja patrimonial para él.
2. No existe una postura única con relación al carácter contraprestativo de la remuneración, sin embargo, a efectos de este trabajo se ha considerado a la contraprestación como la retribución entregada al trabajador por el trabajo efectivamente prestado.
3. Los incentivos laborales son estímulos que se otorgan a los trabajadores, ya sea en dinero o en especie, con la finalidad de generar una acción por parte del trabajador como respuesta. Los planes de opciones sobre acciones, en la medida que tienen como finalidad el cumplimiento de condiciones por parte del trabajador, como el prestar servicios a la empresa durante un determinado periodo de tiempo, pueden ser considerados como un tipo de incentivo laboral.
4. Los planes de incentivos en acciones nacen ante la necesidad de retener al capital humano en las empresas. Es por ello que pueden ser considerados como un premio para el trabajador, pero también como una forma de participación en la empresa, los cuales tienen un efecto colateral salarial.
5. No existe una regulación uniforme respecto al otorgamiento de los planes de incentivos en acciones. No obstante, en la práctica se puede observar que los incentivos más comunes son los *stock options* (opciones de compra de acciones), los *restricted stock awards* y los *restricted stock units* (compra restringida de acciones).
6. Los planes de *stock options* pueden ser definidos como un contrato de opción, en el cual una de las partes (empleador) otorga a la otra (trabajador) a modo de contraprestación, el derecho a

comprar un determinado número de acciones, a un determinado precio y en un determinado periodo de tiempo, por permanecer en la compañía y alcanzar objetivos preestablecidos, en el marco de su relación laboral.

7. Los planes de opciones en acciones contemplan distintos momentos para que el beneficio entregado al trabajador sea efectivo: fecha de otorgamiento, periodo de devengo y periodo de ejercicio.
8. La diferencia entre el precio de las acciones pactado en la fecha de otorgamiento y el precios de valor del mercado al momento del ejercicio de la opción, constituye un ahorro para el trabajador, pues en otras circunstancias (es decir, de no mediar un pacto de opción de compra de acciones de la compañía), tendría que haber pagado el valor actual de las acciones. En ese sentido, esta diferencia representa un beneficio, una ventaja patrimonial para el trabajador, por lo cual debe ser reconocida su naturaleza remunerativa.
9. En los casos que el beneficio es entregado en acciones, puede ser considerado como un pago en especie, pues no es pagado en dinero y tiene como origen la prestación de servicios del trabajador al empleador.
10. El otorgamiento de *stock options* incide en el pago de beneficios sociales, como la compensación por tiempo de servicios o las gratificaciones legales, pues por sus características debe ser considerado como base de cálculo de dichos conceptos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. Libros, revistas y legislación

- Constitución Política del Perú (1993).
- CÓRDOBA, Miguel. *Guía de las stock options*. Editorial Deusto, Barcelona, 2001.
- DECRETO SUPREMO N° 001-97-TR: Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por tiempo de servicios.

- DECRETO SUPREMO N° 003-97-TR: Ley de Productividad y Competitividad Laboral.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Civitas. Madrid, 1999.
- ERMIDA, Oscar. “Crítica de la subordinación”. En: *Revista Ius et Veritas*. N° 25, Lima, 2002.
- LARREA DE ROSSI, Jorge. “Análisis laboral-tributario de los pagos en especie”. En: *Soluciones Laborales*. Año 2, N° 19, Lima, julio de 2009.
- LEY N° 29903.
- LÓPEZ, Justo. *El salario*. Ediciones jurídicas, Buenos Aires, 1988.
- LORA, Germán. “Programa de *stock options*: ¿forma de retribuir al trabajador?”. En: *Revista Ius et Praxis*. N° 31, Lima, 2000.
- MONTESTRUQUE, Karina. “Tratamiento tributario de las *stock options*”. En: *Análisis Tributario*. N° 236, Lima, 2007.
- NEVES, Javier. *Introducción al derecho del trabajo*. Fondo editorial de la PUCP, Lima, 2009.
- PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco. “Implicaciones laborales de las *stock options*”. En: *Revista Actualidad Laboral*. N° 1, ISSN 0213-7097. España, 2001.
- PIZARRO, Mónica. *La remuneración en el Perú*. Estudio González & Asociados, Lima, 2006.
- PWC. “Estudio sobre Tendencias de retención del talento Perú 2014: Un desafío para las organizaciones de hoy”. 2014.
- RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. *Curso de Derecho del Trabajo y de la seguridad social*. 5ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2004.
- SALAS FRANCO, Tomás. *Derecho del Trabajo*. 10ª ed., Tirant lo Blanch libros, Valencia, 1996.
- SCHMITZ, Christian. “Las *stock options* y su introducción en Chile”. En: *Revista chilena de Derecho*. Vol. 29, N° 3, Santiago, 2002.
- TOYAMA, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

2. Medios electrónicos

<<http://www.investopedia.com/articles/optioninvestor/07/esoabout.asp>. Fecha y hora de consulta: domingo 8 de junio a las 21:50 horas>.

Portal del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo: <http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_32/doc_boletin_32_01.pdf>. Fecha y hora de consulta: domingo 15 de junio a las 22:00 horas.

“RESPONSABILIDAD SOLIDARIA” DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS FRAUDULENTOS

Yhohanna Cravero Cisneros⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

Como punto de partida, cabe precisar que nuestro ordenamiento laboral no contiene ninguna norma que defina, regule o precise los alcances y contenido de lo que debe entenderse como “grupo de empresa”. La única excepción está compuesta por el Reglamento de la Ley MYPE aprobado por Decreto Supremo N° 008-2008-TR que contempla algunos supuestos de la existencia de un grupo de empresas, aunque vinculado a un régimen especial.

Sin perjuicio de ello, como puede advertirse de la regulación del régimen general laboral de la actividad privada, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Legislativo N° 728 (en adelante, LPCL), la regulación en torno al contrato de trabajo se establece en los siguientes términos: “En toda prestación de servicios remunerados y subordinados, se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo”.

A partir de lo citado, puede desprenderse que el legislador ha optado por centrarse en solo uno de los sujetos que intervienen en la relación laboral, señalando que será aquel, cuya prestación de servicios se realice de manera subordinada y por la cual reciba una remuneración. Ello, parece

(1) Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Mención Honrosa en el Concurso de Investigación Universitaria de la SPDTSS (2014).

esclarecerse un poco más, cuando en el artículo 9 de la misma ley, se establece que: “por la subordinación, el trabajador, presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar órdenes necesarias para la ejecución de las mismas (...)”. Nuevamente, en el referido artículo, no se ha establecido una definición de empleador, sino que se limita a destacar las facultades vinculadas con el poder jurídico de dirección, sanción y fiscalización (todos ellos comprendidos en la noción de subordinación) para organizar la actividad productiva de los trabajadores en el ámbito de la actividad comercial que haya optado realizar.

En ese escenario y bajo una interpretación amplia, cabe afirmar que, la figura del empleador puede estar representada por una empresa, una asociación civil, cooperativa de trabajadores⁽²⁾, empresas tercerizadoras, grupos de empresas, etc.

Ante estas figuras alternativas de la figura del empleador, surgen ciertas cuestiones de implicancia laboral, siendo el objeto principal del presente artículo, determinar la responsabilidad solidaria de un grupo de empresas que, por su vinculación con otras a través de lazos de dirección bajo una unidad matriz o monitora [y que en algunos casos, han querido ocultar], han originado que el trabajador tenga la conciencia de reconocer a todo el conglomerado de estas como su empleador⁽³⁾.

II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Como punto de partida, será preciso definir algunos conceptos relacionados al presente artículo. Así, procederemos a desarrollar el contenido de grupo de empresas, apoyándonos lo que las normas societaria, tributaria, bancaria, y la doctrina inclusive, señalan sobre esta materia. Asimismo, se explicarán cuáles son los principales supuestos de vinculación empresarial para determinar un grupo de empresas “fraudulento”.

(2) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Derechos laborales ante empleadores ideológicos. Derechos fundamentales e ideario empresarial*. Fondo editorial de la PUCP, Lima, 2009, p. 95.

(3) Adviértase que cuando nos referimos a empleadoras, aludimos a aquellas desde un punto de vista formal, es decir, aquellas que son empleadoras por haber ejercido los atributos de dirección y organización del trabajo sin circunscribirnos únicamente a aquellas que hayan formalizado un contrato de trabajo.

1. Grupo de empresas: definición desde la doctrina

Dado que nuestro ordenamiento laboral vigente no contempla ninguna definición que regule los alcances y contenido de lo que debe entenderse por grupo de empresas, se recurrirá a los planteamientos elaborados por la doctrina.

De forma previa, cabe hacer referencia a los modelos de empleador que contempla nuestra legislación laboral para el sector de la actividad privada. Pues bien, tal y como lo señala Arce⁽⁴⁾, el legislador peruano ha previsto, de modo general, que la figura del empleador se constituya bajo una estructura empresarial simple, no aludiendo en ningún caso, a los grupos de empresa. A juicio del autor, pareciera ser que el legislador se dirige a normar el modelo empresarial taylorista, constituida por aquellas organizaciones económicas y jurídicas independientes, sin vínculos financieros con otras.

Como se sabe, a través del modelo taylorista, que tuvo sus orígenes en el siglo XIX, el capital logra “expandir su comando sobre el trabajo, al cubrir no solo el proceso global, sino también sus momentos singulares, antes reservados aun parcialmente al dominio de los mismos obreros individuales”⁽⁵⁾, lo que viene aparejado de la constante dirección del empleador sobre el modo de ejecución de las labores por parte de los obreros. Es decir, bajo este modelo, la empresa concentra todo el ciclo productivo y dirige constantemente el modo de ejecución de las actividades de los trabajadores, de allí que pueda hablarse de una producción en serie o masiva de productos.

De forma casi paralela, se instauró otro modelo de producción en el que al igual que en el modelo taylorista, la empresa concentraba toda el ciclo productivo. La variante del modelo fordista es que para la realización del trabajo se hace uso de maquinarias especializadas. En este modelo hay un despliegue de un sistema mecánico completo y complejo, cuya pieza esencial es la cadena de montaje y el transporte interno de los objetos de trabajo (grúas, vagonetas, etc.)⁽⁶⁾. La cadena de montaje es el rasgo distintivo de este modelo. Así, se presentaba como “un mecanismo en movimiento constante que uniendo todos los momentos constitutivos de la transformación

(4) ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y Deficiencias*. Palestra, Lima, 2013, p. 120.

(5) AGUIRRE ROJAS, Antonio. “Los procesos de trabajo taylorista y fordista. Notas sobre la hiperracionalización del trabajo y la caída de la tasa de ganancia”. Informe de Investigación. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Consulta: 3 de mayo de 2014. <<http://www.mundogloxxi.ciecas.ipn.mx/pdf/v03/11/03.pdf>>.

(6) Ídem.

completa del objeto de trabajo hasta su conversión en producto, va trasladando la pieza principal frente a los obreros, fijados a sus puestos de trabajo, para que esta vaya siendo modificada permanentemente (ensamblada, adicionada con partes nuevas, remachada, soldada, atornillada, remodelada, etcétera) en tiempos rigurosos y preestablecidos, hasta convertirse en un producto final resultante de un proceso de trabajo determinado⁽⁷⁾. Pues bien, teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto sobre los modelos taylorista y fordista queda claro que, en la época de la industrialización, la empresa conservaba para sí todo el ciclo productivo mediante la división de trabajo, dirigiendo asimismo, el modo y tiempo de ejecución del producto final⁽⁸⁾.

Sin embargo, la realidad económica y las nuevas formas de organización productiva y de mano de obra, propician el surgimiento de nuevas formas empresariales: grupos de empresas, por ejemplo. Veamos, primero, si esta forma tendría asidero en nuestro ordenamiento.

Como ya se señaló en la parte introductoria del artículo, de una lectura de los artículos 4 y 9 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Legislativo N° 728 (en adelante, LPCL), la figura del empleador puede estar representada por un grupo de empresas. En efecto, la constitución de la misma es una manifestación del ejercicio real y efectivo del derecho a la libertad de empresa reconocido constitucionalmente. Como se recordará, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 3330-2004-AA/TC señaló que dos de los cuatro tipos de libertades que terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección del derecho es, en primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado; es decir, libertad para emprender actividades económicas en el sentido de libre fundación de empresas; y, en segundo lugar, que la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o sociedad mercantil, entre otros.

Así, a efectos de este artículo, interesa definir el concepto de grupo de empresas. Está compuesto por “varias empresas jurídicamente

(7) Ídem.

(8) A mayor precisión, resulta ilustrativo el largometraje de 1936 “*Modern Times*” o Tiempos Modernos en su traducción al castellano, escrito y dirigido por Charles Chaplin, en el que puede apreciarse, entre otros factores, la excesiva división del trabajo y los rigurosos tiempos para su ejecución. Cada obrero tenía a su cargo una labor específica: uno solo destornillaba, mientras que otro solo desmantelaba y así sucesivamente, de allí que pueda referirse a una cadena de montaje, y la consecuente, producción en serie.

independientes, sometidas a una estrategia general común⁽⁹⁾. Se señala que en oposición al modelo tradicional en el que la actividad es siempre única, en el grupo de empresas se advierte más de una actividad empresarial, pero que en todo caso, estas actividades que son realizadas por cada una de las empresas jurídicamente independientes, se interrelacionan bajo una dirección común.

Así, con la finalidad de evitar una posible constitución de un grupo de empresas “fraudulento”, que impacte negativamente en la esfera jurídica-patrimonial del trabajador (entiéndase en la especial protección de la remuneración y beneficios sociales que la Constitución garantiza), se ha establecido que más allá de prestar atención en la personalidad jurídica de cada empresa que conforma el grupo, es menester que cada una de estas unidades empresariales cuente con autonomía técnica, administrativa y económica. Ello se explica en atención a lo que propone Arce cuando señala que para evitar estrategias fraudulentas, estas deberían contar con cierto margen de autonomía en las decisiones de carácter económico, pues existiendo una dirección económica unitaria que guía a todo el grupo, sin la independencia económica de cada una (cuyo límite estará en los márgenes de actuación de la dirección económica común), se estaría frente a una sola empresa de naturaleza plural y no ante varias empresas que conforman un grupo⁽¹⁰⁾.

En esa misma línea, el segundo elemento del concepto de grupo de empresas: dirección unitaria, supone “no solo las decisiones o los acuerdos de organización de la actividad empresarial, sino también la vigilancia o el control en el cumplimiento de estas y estos. Incluso se puede concluir que de la consolidación equilibrada de ambos ámbitos depende la propia existencia de la dirección unitaria”⁽¹¹⁾.

Asimismo, se ha advertido que la determinación de la dirección unificada puede interpretarse desde un sentido restringido o amplio. En un sentido restringido, la dirección unificada se lleva a cabo sobre todas las actividades de la empresa dominada, desconociéndole todo tipo de capacidad decisoria. Por otro lado, desde una perspectiva amplia, se parte de considerar que la empresa dominante se reserva la facultad de regular las

(9) ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. cit., p. 113.

(10) ARCE ORTIZ, Elmer. “Grupo de empresas y Derecho Laboral”. En: Revista *Ius Et Veritas*. N° 26, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 249.

(11) *Ibidem*, p. 250.

cuestiones más importantes relativas a la política empresarial del grupo, dejando en manos de las empresas dominadas, disponer las medidas de ejecución pertinentes⁽¹²⁾.

Dentro de este segundo elemento, se ha destacado que la noción de interés grupal es preponderante y determinante en el grupo de empresas, a un nivel tal que lo distingue de un interés individual propio, por ejemplo, de una empresa individual de responsabilidad limitada, en la que el propósito de generar recursos económicos recae en una persona natural y; del interés empresarial en la que las decisiones que se adoptan en una empresa tiene como propósito fortalecer su posición en el mercado⁽¹³⁾.

En efecto, siguiendo a Echaiz, en un grupo de empresas, lo determinante es el interés grupal, enfatizando la prevalencia del interés grupal sobre el interés empresarial en los siguientes términos: “Es una especie de solidaridad empresarial en beneficio común o, dicho de otro modo, “todos para uno y uno para todos”, donde ese “uno” es el grupo de empresas. Empero, hay una cuestión que no debe olvidarse: el intérprete del interés grupal (quien lo determina) es el sujeto dominante”⁽¹⁴⁾.

A ello, podríamos agregar la frase “juntos, pero no revueltos”, en el sentido de considerar que si bien, el interés grupal es la motivación común de cada una de las empresas integrantes del grupo, la independencia técnica, administrativa y económica a la que se aludió previamente, no debería confundirse, en el plano de la realidad, en una sola empresa: la dominante. En ese caso, se configuraría una aparente independencia jurídica que, junto a una dirección unitaria de facto, conformaría un grupo de empresas “fraudulento”, concepto sobre el que se volverá más adelante al referirnos a la “responsabilidad solidaria” del grupo fraudulento.

Cabe precisar que Echaiz no postula la autonomía económica como elemento constitutivo del grupo de empresas. Por el contrario, considera que dentro de este fenómeno, existen empresas que cuentan con autonomía jurídica y no empresarial, comportando así la conformación de una pluralidad de empresas independientes. No obstante, propone que dicha autonomía jurídica puede flexibilizarse en algunos aspectos, atendiendo al mundo ágil y

(12) ECHAIZ MORENO, Daniel. *Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral*. Fondo de Desarrollo Editorial, Lima, 2001. p. 67.

(13) *Ibidem*, pp. 67-68.

(14) *Ibidem*, p. 68.

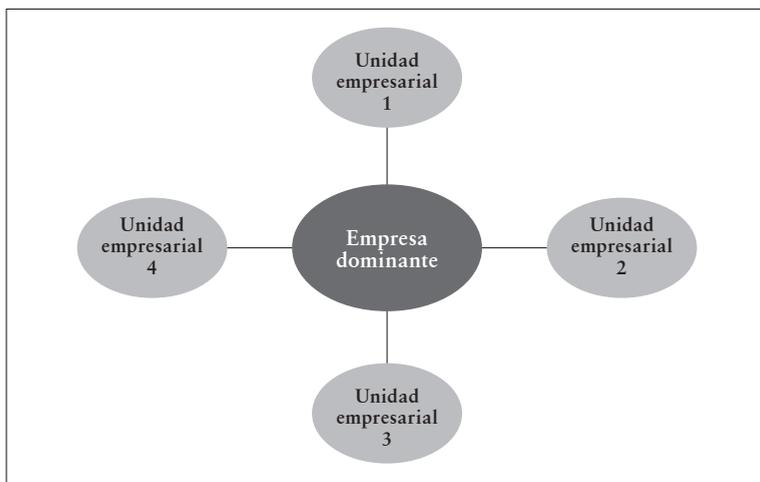
fluido que caracteriza el escenario de actuación de las empresas. En ese sentido, propone como ejemplo que, ante la mala situación económica de uno de los miembros, cabría que otra de las empresas del grupo acudiese en su “rescate” y asumiese sus deudas o parte de ellas. En nuestra opinión, consideramos que sobre este punto, el autor parece admitir la responsabilidad solidaria entre las empresas integrantes del grupo como excepción a la autonomía jurídica, responsabilidad que no derivaría de la ley sino del vínculo contractual que las une.

En contraposición a ello, recordemos que Arce comentaba que si no existiese un mínimo de autonomía económica de las unidades empresariales integrantes del grupo (con el límite ya descrito) se estaría frente a una sola empresa, cuya formalización jurídica es de naturaleza plural, con lo cual, al ser solo una no podría admitirse una eventual responsabilidad solidaria entre estas, pues la solidaridad implica una pluralidad de deudores. Concordamos con esta afirmación, pues, como ya se adelantara líneas arriba, debe garantizarse un mínimo de autonomía económica de cada una de las unidades empresariales a fin de evitar la constitución de un grupo de empresas “fraudulento” que, con base en su autonomía jurídica, pero no económica, pueda soslayar el eventual cumplimiento de obligaciones con terceros, por ejemplo, por el pago de las remuneraciones y beneficios sociales de los trabajadores.

En casos en los que cada una de las unidades empresariales contara con independencia técnica, administrativa y económica, una eventual demanda sobre pago de utilidades interpuesta por un trabajador, podría dirigirse a cualquiera de las empresas integrantes del grupo, aquí la responsabilidad solidaria (cuyo título proviene de la jurisprudencia como se verá más adelante) es factible en tanto existe una pluralidad de deudores⁽¹⁵⁾. Ambas posturas podrían ejemplificarse en los siguientes gráficos.

Gráfico 1: Existe independencia jurídica, técnica, administrativa y económica de cada una de las unidades empresariales en la interrelación con la empresa dominante, titular de la dirección unitaria.

(15) Recuérdese que nuestra legislación laboral vigente no prevé la figura del grupo de empresas, salvo la acotación señalada en la introducción de este artículo. El gráfico 1 solo pretende demostrar las consecuencias de una verdadera independencia jurídica y económica con relación a la empresa matriz.



Elaboración propia.

Recuérdese que nuestro ordenamiento laboral vigente no regula el funcionamiento ni estructura del grupo de empresas. En este escenario, lo que ha sido tomado en cuenta por la jurisprudencia es precisamente el ánimo fraudulento de las empresas aparentemente independientes que actuando bajo una dirección unitaria común, han conformado, desde un punto de vista mercantil un grupo de empresas, aunque entre ellas, no haya mediado un vínculo contractual.

No obstante, como ha sido señalado, nuestros Jueces de Trabajo no podrían imputar la configuración de un grupo de empresas real con base en la legislación laboral, pues esta figura aún no existe en dicho ámbito. Lo que han tomado en cuenta, en defecto de esta regulación, es la intención fraudulenta de este “grupo” partiendo de elementos propios de un grupo de empresas real, y de normas societarias, tributarias, bursátiles, entre otras que regulan la actuación de esta forma empresarial, advirtiendo que, en realidad, han existido varias empresas “independientes” que han ocultado su vinculación económica a efectos de evitar el cumplimiento de obligaciones con los trabajadores. Así, al no poder imputar un grupo de empresas, consideran que en realidad se trata de una sola empresa (grupo de empresas “fraudulento”), resolviendo la responsabilidad solidaria de cada unidad empresarial en la que el trabajador haya prestado sus servicios.

De manera ilustrativa, en un reciente pronunciamiento de la Segunda Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima⁽¹⁶⁾, se afirmó, con relación al pago solidario de utilidades que el demandante reclamó en contra de, la siempre demandada Telefónica del Perú S.A.A., Telefónica Multimedia S.A.C. y Media Networks Latín American S.A.C. que de las normas aplicables al grupo de empresas (Resoluciones de Conasev, principalmente):

“(..); por ello, interesa verificar en cada caso concreto, si algunos grupos de empresas se constituyeron con intención fraudulenta para afectar los derechos de los trabajadores eludiendo el pago de sus beneficios laborales, ya sea alegando la extinción de su patrimonio u otras circunstancias que hagan inviable el pago de los créditos laborales; (...). En este sentido, no existiría responsabilidad, por el solo hecho de ser parte del grupo de empresas, o por estar vinculadas económicamente a otra, salvo la existencia de fraude o ánimo de ocultarse bajo otra empresa, como un empleador aparente, para obviar el cumplimiento de los derechos laborales” (el resaltado es nuestro).

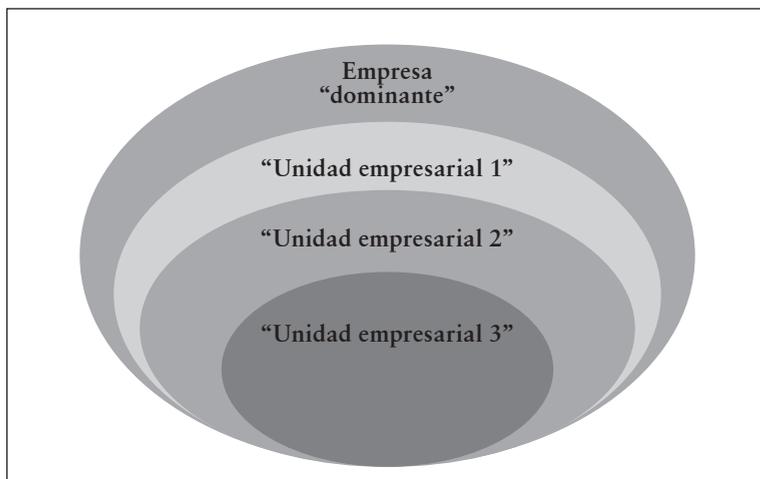
Nos quedamos con el último párrafo del fundamento 5 de la citada resolución. Más adelante se podrá apreciar, cuál es el criterio de un Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral con relación a la responsabilidad solidaria de grupos reales, inclusive.

Pero, volviendo al gráfico 1, Arce ha señalado que la estructura de un grupo de empresas real tiene una configuración dual: “Es necesaria la concurrencia de un poder ‘centrífugo’ visible en la comunión de intereses de la agrupación, junto a poderes ‘centrípetos’ o de desvinculación que encarnan las empresas singulares. Por esta razón, en clave inversa, cuando la estructura empresarial no presente esta dualidad, por articularse alrededor de un solo poder empresarial, se estará frente a lo que se conoce como grupo ficticio. Recuérdese, en esta realidad, hay una sola y única empresa donde aparentemente hay grupo y hay centros de trabajo donde en apariencia hay empresas”⁽¹⁷⁾.

(16) Pronunciamiento recaído en el Exp. N° 241-2009-0-1801-JR-LA-09, de fecha 30 de octubre de 2013. Cabe anotar que, el proceso estuvo vinculado a determinar si el plazo de prescripción había operado con relación a las co-demandadas considerando un único vínculo contractual.

(17) ARCE ORTIZ, Elmer. *La circulación de trabajadores en el grupo de empresas*. MERGABLUM. Sevilla, 2003, p. 101.

**Gráfico 2: grupo de empresas “fraudulento”
de acuerdo con la jurisprudencia laboral.**



Elaboración propia.

Sobre este punto, resulta interesante lo destacado por Echaiz sobre la autonomía jurídica. Señala que “cada empresa continúa siendo un sujeto de derecho individualizado; en tal sentido, conserva su propio objeto, denominación, titular o titulares, plantel de trabajadores, personal administrativo (directores o gerentes), cartera de clientes, cuentas bancarias y la titularidad de todo derecho que legal o contractualmente le corresponda (como el ser mutuataria, arrendadora o comodataria); pero, en contrapartida, también mantiene las obligaciones contraídas, bien sean contractuales, laborales, fiscales, societarias o de otra índole”⁽¹⁸⁾. Cuando estas condiciones no se cumplen, los jueces de Trabajo han imputado a todo el grupo de empresas (constituida bajo fraude) como único empleador y responsable “solidario” por los beneficios laborales de los trabajadores.

Como puede apreciarse en el gráfico 2, cuando las empresas aparentemente independientes comparten el mismo objeto social, misma cartera de clientes, mismos accionistas o mismos directores o gerentes, los jueces de Trabajo han podido concluir que en realidad se trata de una sola empresa (dominante) que desde un punto de vista externo, funciona como si cada una

(18) *Ibidem*, p. 60.

de sus unidades fueran totalmente independientes, pero que a nivel interno, puede observarse que se relaciona íntimamente con otras unidades empresariales a tal punto de someterlas a una dirección única, pero sin llegar a reconocer el vínculo contractual que las une.

En esa línea argumentativa, Arce ha precisado que este razonamiento jurisprudencial se debe a una fuerte tradición personalista del empleador y, que de poder extraer una general de la jurisprudencia, esta ha consistido en “declarar la irrelevancia de los vínculos económicos y financieros a efectos de imputar a la dirección unitaria del grupo la condición de empleador, salvo que, como excepción, concurren ciertos indicios que adviertan la presencia de un fraude a la personalidad jurídica en perjuicio de los intereses de los trabajadores. En este último caso, obviamente, lo que procede es desmontar la estructura grupal, con el objeto de reconstruir la unidad jurídica y económica que se halla detrás de la misma”⁽¹⁹⁾.

Como ya se adelantara, si de lo que se trata es de reconstruir la unidad jurídica y económica que se halla detrás del grupo “fraudulento”, resulta cuestionable que los jueces de trabajo hayan atribuido al grupo la calidad de empleador único y a la vez declararlo responsable solidario por los beneficios laborales que se le adeuden al trabajador.

Siguiendo con la definición de grupos de empresas, otros autores la han definido como “uniones de empresas que conservan por sí solas su individualidad, es decir, su independencia por lo menos formal, aunque en algunas ocasiones no en el aspecto funcional, en donde prima una relación de subordinación-dependencia, que se ejerce sometiendo a las mismas a una dirección unificada”⁽²⁰⁾.

A mayor precisión, Hundskopf y Echaiz aseveran que, es más preciso utilizar la denominación grupo de empresas y no grupo de sociedades o grupo de empresarios. En el primer caso porque bajo esa denominación, se excluiría a los grupos integrados por empresas individuales de responsabilidad limitada (EIRL), a las cooperativas y a las que estuvieran integradas por

(19) ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y Deficiencias*. Palestra. Lima, 2013, pp. 120-121.

(20) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Empresa y sociedad: ¿por qué grupos de empresas en lugar de grupos de sociedades?”. En: *Informativo Legal Rodrigo*. Vol. 152, Asesores Financieros, Lima, febrero de 1999, p. XVIII (in fine) y XIX. Citado por: ECHAIZ MORENO, Daniel. “Lineamientos conceptuales sobre los grupos de empresas”. En: *Revista Jus: Doctrina & Práctica*. N° 11, 2007. p. 8.

EIRL y sociedades. En el segundo caso, agrega que los empresarios actúan a través de sus empresas pudiendo organizarse de forma individual o colectiva (agregamos que también pueden adoptar una figura jurídica y actuar u operar como persona natural) y que finalmente son las empresas las que se unen, no los empresarios, de allí que pueda afirmarse que en los grupos de empresas, estas cuentan con personalidad jurídica propia, no obstante a la unión.

En la línea de lo expuesto por la doctrina, los grupos de empresas se clasifican básicamente en dos tipos: grupo por coordinación y subordinación. El grupo por coordinación se caracteriza porque las sociedades que conforman el grupo son independientes entre sí y articulan la estrategia común con base en el acuerdo al que ellas mismas hayan llegado. En cambio, en el grupo de subordinación que es el que interesa a este artículo, existe una estructura jerárquica en el que la dirección unitaria supone que existe un control societario previo sobre las demás empresas. Es decir, se parte de la existencia de una sociedad “X” (sociedad dominante o matriz del grupo) que detenta un poder tal que le permite establecer una dirección de carácter unitario y unilateral, imponiendo al resto de sociedades controladas (sociedades dominadas) la ejecución de una estrategia general común⁽²¹⁾.

2. Regulación del grupo de empresas en la experiencia uruguaya y española

Por cuestiones de espacio, solo nos referiremos a la regulación del grupo de empresas en la experiencia uruguaya y española.

En el Derecho uruguayo, al igual que en el nuestro, los grupos de empresas no gozan de una previsión expresa en el ordenamiento laboral vigente. La regulación en torno al grupo, la podemos encontrar en las normas de materia comercial, tributaria y de seguridad social, jurisprudencia y doctrina⁽²²⁾.

De acuerdo con Aylwin y Rojas, los indicios de vinculación económica que se han construido a nivel jurisprudencial, han sido advertidos por Pérez del Castillo. Estos indicios son principalmente: a) administraciones

(21) HURTADO COBLES, José. *El levantamiento del velo y los grupos de empresas*. Bosch S.A., Barcelona, 2005. p. 37.

(22) AYLWIN CHIORRINI, Andrés e ROJAS MIÑO, Irene. “Los grupos de empresas y sus efectos jurídico laborales en el Derecho Comparado”. En: *Revista Ius Et Praxis*. N° 11, 2005, pp. 197-225.

comunes u oficinas administraciones; un mismo asiento o lugar físico o domicilio común; b) coincidencia de los directores; c) personal indiferenciado, uso de los mismos trabajadores, alternancia o empleo sucesivo de personal entre las sociedades; d) lazos de parentesco entre los directores o integrantes o integrantes de las sociedades (entendemos que puede ser el caso de los tres hermanos-socios de Punto Visual y Sistema de Impresiones S.A. según consta en Registros Públicos, por ejemplo⁽²³⁾); e) dirección, control o administración de alguna de las sociedades por otra; h) identidad en las tareas o en los giros; f) uso de los mismos bienes; entre otros.

Asimismo, en el Derecho español, el grupo de empresas goza de una mínima previsión normativa, no en cuanto a la solidaridad sobre los créditos laborales que ha sido al igual que en Uruguay y nuestro país una construcción jurisprudencial antes que legislativa, sino en lo que respecta a su contenido. Así, en el marco de los derechos de información y consulta de los trabajadores en los grupos de empresa de dimensión comunitaria, el apartado 3º del artículo 3.1. de la Ley 10/1997 publicada el 25 de abril de 1997, define al grupo de empresas como aquel formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas. Asimismo, el artículo 4.1 de dicha Ley establece que se considerará “empresa que ejerce el control” a aquella que pueda ejercer una influencia dominante sobre otra, que se denominará “empresa controlada”, por motivos de propiedad, participación financiera, estatutos sociales u otros⁽²⁴⁾.

A estos fines, se desarrollarán los supuestos que han sido trabajados por la jurisprudencia española. Cabe recordar que en la sección que antecede se explicaron los supuestos de vinculación económica en función de lo prescrito por las normas de ordenamientos distintos al laboral. Antes de ello, merece especial atención lo propuesto por Arce, quien postula que “se

(23) Ciertamente es que, al ser sociedades anónimas, la identidad de los socios no tendrían por qué actualizarse, mucho menos conocerse, por algo es anónima; sin embargo, es de mucha utilidad para los jueces apoyarse de este tipo de registros a efectos de determinar un posible fraude. En todo caso, quedará en manos de los socios, demostrar que ya no ostentan tal calidad.

(24) El artículo 4.2 de la Ley 10/1997, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, señala también que se presumirá, salvo prueba en contrario, que una empresa puede ejercer una influencia dominante sobre otra cuando dicha empresa, directa o indirectamente: a) Posea la mayoría del capital suscrito de la empresa; b) Posea la mayoría de los derechos de voto correspondientes a las acciones emitidas por la empresa y; c) Tenga la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de administración, de dirección o de control de la empresa. Requisitos sobre los que se volverá más adelante al analizar los criterios de vinculación económica desarrollados en la doctrina y jurisprudencia.

reconstruye la empresa única solo desde una perspectiva positiva, (...). Quizá valdría la pena, desde esta línea, complementar el análisis jurisprudencial con una pretensión específica: descubrir las empresas aparentes o de ‘pantalla’, que permita a su vez probar la existencia de una única empresa por la lógica del descarte”, siendo para ello necesario que se investigue dentro de cada empresa miembro del grupo, la autonomía material y/o personal con la que cuentan para llevar a cabo sus objetivos económicos⁽²⁵⁾.

Para ello, nos remitiremos directamente a lo desarrollado por Herrera⁽²⁶⁾, agregando algunos comentarios.

- **Confusión de trabajadores:** Teniendo en cuenta que la prestación de servicios se realiza de manera simultánea o sucesiva indistintamente para varias empresas del grupo, denotando un único ámbito de organización y dirección. A modo de ejemplo: el uso de una planilla única de trabajadores.

Un grupo de empresas “fraudulento” haría lo siguiente: El futbolista Pere Gil Bodoque es transferido por carta-pase desde el Club “Pulgar”, al Club “Pulgarcito” el 2 de noviembre de 2014. Pese a ello, el 2 de diciembre, el Club “Pulgar” emite una boleta con la denominación “remuneración del mes de noviembre” en favor de Pere Gil.

Nuestros jueces peruanos hubieran razonado de la siguiente manera: i) Habrían observado que ambas empresas desarrollan un conjunto de actividades que evidencia su integración económica; ii) Hubieran tomado en cuenta el dominio accionario del Club “Pulgar” respecto a “Pulgarcito”; iii) Hubieran tomado en cuenta que los órganos de dirección de ambos clubes están conformados, en proporción significativa por las mismas personas (supuesto del numeral 5⁽²⁷⁾); iv) Hubieran tomado en cuenta la similitud en la denominación, marca o emblema, entre otros factores.

(25) ARCE ORTIZ, Elmer. *La circulación de trabajadores en el grupo de empresas*. Ob. cit., pp. 102-103.

(26) HERRERA GONZALES-PRATTO, Isabel. “Grupo económico vs. Vinculación económica y rasgado del velo societario”. En: *Jus-Doctrina & Práctica*. Grijley, Lima, 2007, p. 39.

(27) Se explicará más adelante.

- Confusión de patrimonios sociales: Ello se evidencia cuando entre las empresas que integran el grupo existe un alto grado de comunicación entre sus patrimonios. A modo de ejemplo: cuando existe una caja común entre las empresas.
- Dirección unitaria: Ello ocurre cuando las empresas del grupo actúan bajo un mismo poder de dirección, bajo unos mismos dictado y coordinadas. A modo de ejemplo: cuando todas las empresas dedicadas a los servicios de publicidad se rigen bajo el mismo plan de alquiler de paneles publicitarios.
- Apariencia externa de unidad empresarial: Se presenta como resultado de una actuación conjunta en el mercado y produce una apariencia externa unitaria que induce a confusión a quienes contratan de buena fe.

Como se ve, estos supuestos son los que en la medida de lo posible ayudan a determinar la existencia de un grupo fraudulento.

3. Grupos de empresas: normas societarias, tributarias, bancarias y bursátiles en la legislación peruana

Ya se ha precisado que, nuestra legislación laboral vigente no prevé la regulación del grupo de empresas. No obstante, debe destacarse lo propuesto por el Anteproyecto de la Ley General del Trabajo (en adelante, el Anteproyecto de la LGT). Así, dicha propuesta contiene una definición de la materia en cuestión, señalándose que “hay grupo de empresas cuando varias empresas, jurídicamente independientes, constituyen o actúan como una unidad económica y productiva de carácter permanente y están sujetas a una dirección técnica de contenido general. Cuando un trabajador ha prestado servicios en varias empresas que conforman el grupo, estas son solidariamente responsables por sus derechos”⁽²⁸⁾.

Asimismo, se pretende regular los elementos para determinar la existencia de un grupo de empresas; a saber: el desarrollo en conjunto de actividades que evidencian su integración económica o productiva; la existencia de relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o

(28) Anteproyecto de la Ley General de Trabajo publicado en: *Revista Soluciones Laborales*. 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 9.

cuando los accionistas con poder decisorio fueren comunes; que los órganos de dirección de las empresas estén conformadas en proporción significativa, por las mismas personas; entre otros. Dicha propuesta alude a la sociedad controlada por el dominio accionariado de otra.

Precisamente con relación a ello, el artículo 105 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, refiere al control indirecto de acciones. Sobre este artículo, se ha dicho que la “ley no contempla la forma de control efectuado mediante vínculos contractuales; solo considera como control la obtenida mediante la posesión de la mayoría de las acciones de otra sociedad, o, de la primera sociedad de la ‘cadena’ que domina o controla a las sucesivas”⁽²⁹⁾.

De otro lado, el artículo 24 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta (en adelante, LIR), aprobado por Decreto Supremo N° 122-94-EF, sobre partes vinculadas establece una serie de supuestos que definen al conjunto económico o vinculación económica con base en una determinación porcentual⁽³⁰⁾.

Así, nuevamente por cuestiones de espacio, nos referiremos brevemente a aquellos supuestos que creemos que, en el plano procesal, están al servicio del trabajador a efectos de demostrar el “fraude”. El supuesto del numeral 5 de la LIR establece que, hay partes vinculadas cuando: “Las personas jurídicas o entidades cuenten con uno o más directores, gerentes, administradores u otros directivos comunes, que tengan poder de decisión en los acuerdos financieros, operativos y/o comerciales que se adopten”.

Sobre este punto, consideramos pertinente una explicación más profunda por razones que luego saltarán a la vista.

Supuesto del numeral 5: “Las personas jurídicas o entidades cuenten con uno o más directores, gerentes, administradores u otros directivos comunes, que tengan poder de decisión en los acuerdos financieros, operativos y/o comerciales que se adopten”.

(29) BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades*. Gaceta Jurídica, Lima, 1998, p. 272.

(30) ECHAIZ MORENO, Echaiz. Ob. cit., p. 106.

A partir de una lectura del numeral 5, Muñoz Salgado⁽³¹⁾ considera que pueden desprenderse los siguientes requisitos: i) la presencia de un directivo común; ii) su poder de decisión; iii) la naturaleza de los acuerdos en los que se ejerce el poder.

Continúa señalando que, desde una lectura positivista, la norma no refiere al Directorio o a la Gerencia, sino a las personas naturales que la integran y que sean comunes y que conjuntamente adopten los acuerdos financieros, operativos y/o comerciales.

Consideramos que bien hace la norma tributaria al no calificar a todo el directorio o gerencia (órganos de administración de la sociedad) como indicio de vinculación económica, pues aunque no haya sido el propósito de esta, es altamente probable que el trabajador identifique al empleador formal de carne y hueso que le ordena sucesivamente en una o más empresas (centros de trabajo, bajo los términos de grupo de empresa “fraudulento”) que indagando en Registros Públicos, la conformación de cada uno de estos órganos.

Es sencillo, el trabajador no tiene dinero, ni tiempo para invertir en una investigación en Registros Públicos. O, peor aún, y mucho más probable que los otros dos casos, es que nunca se le ocurra tal opción. El trabajador no es un investigador.

Por otro lado, el literal i) del artículo 8 de la Ley del Mercado de Valores aprobado por Decreto Legislativo N° 861, señala que la definición de grupo económico será la que resulte de la aplicación de la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, la misma que actualmente se denomina “Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros” aprobada por Ley N° 26702. Esta regulación corresponde a un contexto diferente con relación a lo establecido por la LIR, que se aplica al ámbito fiscal.

A tales efectos, el artículo 203 de esta ley desarrolla los criterios para determinar los límites individuales, entre las que se alude a evitar la concentración de riesgos, que se producen cuando diversas personas naturales o

(31) MUÑOZ SALGADO, Silvia. “El concepto de vinculación por la ‘participación en la administración’ y por el ‘control’ para efectos de la normativa de precios de transferencia”. Revista N° 46. 2008, p. 10. Fecha de consulta: 16 de junio de 2014. <http://www.ipdt.org/editor/docs/08_Rev46_SMS.pdf>.

jurídicas conforman un mismo conglomerado financiero o mixto (cuyas definiciones, de acuerdo con esta ley, serán las que se establezca mediante normas de carácter general por la Superintendencia, tomando en cuenta los criterios de este artículo), y estén afectos por tanto, a un riesgo común o único. Asimismo, prescribe que se entiende por riesgo único o común, cuando dos o más personas naturales o jurídicas están asociadas mutuamente en el sentido que: “a. una de ellas ejerce control directo o indirecto sobre la otra; b. sus créditos acumulados representan para la empresa del sistema financiero un riesgo único en la medida en que están interrelacionados con la probabilidad de que si una de ellas experimenta problemas financieros, es probable que la otra o todas ellas tengan que enfrentar. Esto incluye interrelaciones basadas en la propiedad común, control o administración común, garantías recíprocas y/o interdependencia comercial directa que no puede ser sustituida a corto plazo; c. presunciones fundadas de que los créditos otorgados a una serán usados en beneficio de otra; d. presunciones fundadas de que diversas personas mantienen relaciones de tal naturaleza que conforman de hecho una unidad de intereses económicos”.

Sobre el inciso d. citado, consideramos que otras presunciones fundadas podrían estar constituidas, por ejemplo, en las presunciones que propone el artículo 7 del Anteproyecto de la LGT. Así, se enuncia que se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de un grupo de empresas cuando desarrollen en conjunto actividades que evidencian su integración económica o productiva, los órganos de dirección de las empresas estén conformados, en proporción significativa o utilicen una idéntica denominación, marca o emblema.

En efecto, el artículo 8 de las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, aprobado por Resolución de la SBS N° 445-2000 y su modificatoria aprobada por Resolución de la SBS N° 272-2014 de fecha 16 de enero del año en curso, establece que por grupo económico debe entenderse “al conjunto de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión”.

Con criterio similar, el Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico aprobado por Resolución Conasev N° 090-2005-EF/94.10 de fecha 28 de diciembre de 2005 (la misma que derogó la

Resolución Conasev N° 722-97-EF/94.10), introdujo una novedad frente a su antecesora. De conformidad con lo establecido por el artículo 10, literal c) se establece la obligación de informar, “en la medida de su conocimiento, el listado de personas naturales que ejercen el control sobre el grupo económico”. El fundamento detrás de este supuesto, es determinar quién o quiénes (personas naturales) ostentan el control del grupo, independientemente de las personas jurídicas a las que pudieran representar. Como puede recordarse, las personas naturales también pueden tener la capacidad de ejercer un control directo o indirecto en la toma de decisiones del grupo, evidenciando así, un funcionamiento concertado. Repárese en el numeral 5 de la LIR reseñado líneas arriba.

Por último, pero no menos importante, se encuentra el Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-TR (en adelante, Ley MYPE), como la única norma que prevé alguna mención en cuanto a los grupos económicos en el ámbito del derecho laboral. El artículo 4 del Reglamento de la Ley MYPE aprobado por Decreto Supremo N° 008-2008-TR ha recogido la mayoría de los supuestos contemplado en normas societarias, tributarias y bursátiles. Ello es positivo desde el punto de vista de la homogeneidad de criterios para un mismo fenómeno.

III. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD PARA DETERMINAR LA “RESPONSABILIDAD SOLIDARIA” EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS FRAUDULENTOS

El principio de primacía de la realidad “significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”⁽³²⁾.

Plá relata algunos casos prácticos en casos de lo que él denomina, conjunto económico. Pone atención a este fenómeno en tanto entiende que la pluralidad de personas jurídicas podría aparecer como un obstáculo al momento en que el trabajador decida hacer efectivos los derechos que se le

(32) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. 2ª ed., De Palma. Buenos Aires, 1978, p. 243.

adeuden. Literalmente señala que “la parte patronal no puede de modo alguno modificar ese esquema con el argumento de que su organización jurídica o contable hace que la compensación no la deba ella sino otra que sea parte de la tarea. Si la tarea se hacía por otro y pasa a hacerla un operario suyo, debe retribuirle, demande el propio operario a su propio patrono o a la otra persona de ese mismo patrimonio, por formar ambas partes de ese mismo patrimonio, debe cualquiera de ellas pagar, porque no puede oponerle al operario un contrato entre ellas (...)”⁽³³⁾.

En otras palabras, el trabajador no debe verse desamparado en el cobro de sus créditos laborales debido a la insolvencia de una de las empresas integrante del grupo para la cual prestó servicios. Esto porque no parece justo y resiente el sentido común que el trabajador se quede sin cobrar cuando las demás empresas son solventes. La regla de la responsabilidad solidaria parece ser clara en torno a un grupo de empresas real, no así cuando se está frente a un grupo de empresas “fraudulento”, en el que tras descubrir la verdadera identidad de las empresas “filiales” que, en realidad como señaló Arce vendrían a ser los centros de trabajo de una empresa única, convierte en inaplicable la responsabilidad solidaria, en tanto esta supone una pluralidad de deudores.

En ese mismo sentido, Ermida sostiene que no es necesario hablar de solidaridad, sino del descubrimiento de un único deudor aunque con varias caras⁽³⁴⁾.

Ello puede graficarse de la siguiente manera:

GRUPO AUTÉNTICO —————→ Responsabilidad Solidaria

GRUPO FRAUDULENTO —————→ Principio de primacía de la realidad

Con relación a las empresas multinacionales, Ermida señala que el principio de primacía de la realidad “incide en la consideración del conjunto económico internacional como unidad, como una única y gran empresa, aun independientemente de que la concentración tenga –o no– por finalidad un fraude a la legislación aplicable, porque puede sostenerse que

(33) *Ibíd.*, p. 277.

(34) ERMIDA URIARTE, Óscar. *Empresas multinacionales y Derecho Laboral*. Amalio Fernández, Montevideo, 1981, p. 147.

la pluralidad de la empresa multinacional es, irreductiblemente, y en definitiva, una creación del derecho, que fracciona artificialmente una unidad real⁽³⁵⁾.

Obsérvese que en estos casos, no es necesario probar el ánimo fraudulento del grupo. Lo que no quiere decir que de existir no sea posible la aplicación de la responsabilidad solidaria. En última instancia, la irrelevancia del fraude, conforme lo señala el esquema antes descrito, procede principalmente en casos de grupos auténticos. Sobre ello, volveremos más adelante.

Continúa destacando la importancia que tiene este principio en el ámbito laboral. En efecto, como se sabe su fundamento radica en la naturaleza tuitiva del derecho laboral en la protección de los derechos de los trabajadores. En concreto, privilegiar los hechos sobre los documentos.

Llegado a este punto, conviene resaltar las implicancias de la responsabilidad solidaria en el pago de los créditos laborales. Como se sabe, el artículo 1183 del Código Civil, señala que la solidaridad debe ser pactada por las partes o estar expresamente establecida por la ley. Al respecto, Osterling señala que la solidaridad debe ser expresa y ello encuentra su fundamento en que “la solidaridad pasiva es muy severa y permite al acreedor cobrar el íntegro de la prestación a cualquiera de los codeudores; y la solidaridad activa, por su parte, permite a cualquiera de los acreedores exigir el íntegro de la prestación”⁽³⁶⁾.

Tal y como ha sido ampliamente explicado en la primera sección, la aplicación de la responsabilidad solidaria en casos de grupos de empresas “fraudulento” resulta ser incompatible con la naturaleza de la solidaridad. En efecto, se ha manifestado que para llegar a descascarar la realidad del grupo en una sola unidad empresarial y, consecuentemente, imputar la calidad de empleador a todo el “grupo” de empleador único, se debe considerar que cada una de las empresas filiales en las que el trabajador prestó servicios es responsable solidariamente por sus créditos laborales, pese a no existir tal pluralidad de deudores.

En atención a ello, es que se prefiere la utilización del principio de primacía de la realidad y no de la responsabilidad solidaria en casos de grupo

(35) *Ibíd.*, pp. 134-135.

(36) OSTERLING PARODI, Felipe. Notas sobre las obligaciones divisibles e indivisibles y de las obligaciones mancomunadas y solidarias. Consulta: 7 de junio de 2014. <<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/De%20las%20obligaciones%20divisibles%20e%20indivisibles.pdf>>.

fraudulento. La responsabilidad solidaria solo será una consecuencia de imputar a todo el grupo la calidad de responsable, pero no a efectos de determinar la verdadera identidad de las empresas “filiales”.

1. Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral 2012 con relación a la responsabilidad solidaria en los grupos de empresas

Se determinó, por unanimidad, lo siguiente: “Existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil sino, además en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores”.

Como se ve, el Pleno reconoce la responsabilidad solidaria de fuente extra legal cuando se presentan supuestos de fraude o no en los que probablemente la empresa más solvente negará su responsabilidad frente a los créditos laborales de un trabajador que ha puesto a disposición de una o más empresas integrantes del grupo su fuerza laboral, ocasionándole una ventaja o beneficio a las mismas.

Frente a este escenario, cabe traer a colación lo regulado por la jurisprudencia uruguaya. Así, sus magistrados sostienen “la responsabilidad *in solidum*, indistintas, convergentes o concurrentes, en virtud de la cual deben responder ambos deudores en forma solidaria debido a la indivisibilidad de la relación de causalidad, al ser el actuar de cada sujeto idóneo a efecto de la causación de la totalidad del daño”⁽³⁷⁾. Se señala también que la responsabilidad *in solidum* es una consecuencia de la naturaleza de las cosas o de la concurrencia de responsabilidades. En virtud de ello, no se requiere un acuerdo entre el trabajador y empleador, ni que la ley la establezca expresamente.

En cuanto a los grupos reales, de acuerdo con Díaz y Rothschild, la jurisprudencia de los Tribunales de Apelaciones y la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, “de manera prácticamente unánime, consideran que en el campo laboral lo que interesa es puramente la ‘realidad económica’ y que si

(37) CASTELLO, Alejandro. “La solidaridad en las obligaciones laborales”. En: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Panamá. Consulta: 13 de junio de 2014. <<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cb72810043eb79c39ccddf4684c6236a/Tema+II.-+Responsabilidad+Solidaria+en+las+Obligaciones+Laborales+Parte+1.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=cb72810043eb79c39ccddf4684c6236a>>.

más de una de las empresas relacionadas funcionó en el caso concreto efectivamente como ‘empleador’, ello basta para extender la responsabilidad, sin necesidad de probar fraude”⁽³⁸⁾.

Frente al pronunciamiento del Pleno y lo desarrollado por la jurisprudencia uruguaya, cabría plantear dos objeciones: De un lado, las implicancias que tendría imputar una carga tan pesada como, en efecto es, la responsabilidad solidaria a grupos de empresas reales; es decir, a aquellos en los que no se advirtió la intención de perjudicar los beneficios laborales del trabajador. Por ejemplo, de acuerdo con lo establecido por el Decreto Legislativo N° 892 y su Reglamento, el cálculo de la participación en las utilidades, se calculará sobre el saldo de la renta imponible del ejercicio gravable que resulte después de haber compensado pérdidas de ejercicios anteriores de acuerdo con las normas del Impuesto a la Renta.

Siguiendo la argumentación del Pleno y de los pronunciamientos judiciales, podemos deducir que, en casos de grupos fraudulentos, al ser en realidad una única empresa, se tomaría en cuenta la base tributaria del grupo “fraudulento” para el cálculo de las utilidades. Sin embargo, ante un supuesto de grupo real, la base tributaria sobre la cual se calcularían las utilidades, ¿correspondería a la empresa dominante o a la empresa en la que el trabajador prestó servicios efectivamente? Bajo el razonamiento descrito, podría ser probable que los jueces opten por calcular las utilidades sobre aquella más solvente: empresa matriz, pese a que entre esta y el trabajador, no medien los supuestos esenciales de una relación laboral; a saber: prestación personal de servicios, remuneración y subordinación.

El mismo tratamiento que otorga el Pleno a estos grupos, parece indicar que consideran a los reales y “fraudulentos” distintos, pero equivalentes. Distintos en su constitución, pero equivalentes con relación a su responsabilidad sobre los créditos insatisfechos del trabajador.

La segunda objeción es una cuestión formal, de un lado se tiene al Pleno y de otro, a sendas resoluciones que admiten jurisprudencialmente la responsabilidad solidaria solo en casos de fraude, como el pronunciamiento de la Segunda Sala antes descrito. La primera reconoce la responsabilidad solidaria en supuestos de fraude o no, mientras que, la segunda, la restringe

(38) DÍAZ, Soledad y ROTHSCCHILD, Julie. *Instituciones de Derecho Empresarial*. APECC, Lima, 2010, p. 225.

solo al primero de ellos. Pero, ¿los plenos jurisdiccionales son vinculantes? ¿En ese momento, los jueces están ejerciendo jurisdicción?

Nuevamente por cuestiones de espacio, no ahondaremos en el análisis de la vinculatoriedad o no de los plenos jurisdiccionales. Al respecto, solo diremos que la lógica detrás de ellos, es uniformizar los criterios jurisprudenciales, dotando de predictibilidad a los fallos que se emitan en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Adelantamos que, en todo caso, en atención a la libertad de fallo reconocida a los jueces, estos podrían apartarse de estos plenos, justificando la razón por la cual adoptan un criterio distinto. Ello para salvar la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la ley que les sirven de fundamento.

Regresando al esquema propuesto, la diferencia en la imputación de la responsabilidad solidaria en uno y otro caso radica en lo siguiente: Mientras que ante un caso de grupo fraudulento, el principio de primacía de la realidad sea aplicado sobre la verificación objetiva de los indicios o supuestos de vinculación económica ampliamente desarrollados en la primera sección; en casos de grupos reales, el fundamento de la responsabilidad solidaria se desprende de la naturaleza de las cosas. El acreedor en este caso, no es único. Lo son cada una de las empresas jurídicamente independientes del grupo. El acreedor en un caso de grupo fraudulento, es en realidad una única empresa. Como puede desprenderse, la aplicación del principio de primacía de la realidad es anterior a la imputación de responsabilidad solidaria; mientras que en el primer caso, la imputación de dicha responsabilidad es directa y se basa en principios de justicia, equidad e indivisibilidad de la prestación (trabajo efectivo) y contraprestación en favor del trabajador.

Con relación a la posibilidad de establecer la solidaridad activa, Ermida señala que ello consistiría, por ejemplo, en la facultad que tendrían las empresas integrantes del grupo en exigir al trabajador que labore simultáneamente en dichas filiales recibiendo el mismo salario. Al respecto, esta posibilidad es válida de acuerdo con las reglas de la solidaridad. En efecto, en tanto exista solidaridad pasiva, no habría ningún problema en establecer de la misma manera, la solidaridad activa en beneficio de los demás miembros del grupo⁽³⁹⁾. Sin embargo, al igual que Ermida consideramos que

(39) ERMIDA URIARTE, Oscar. Ob. cit., p. 155.

la naturaleza tuitiva del derecho laboral radica en la especial protección que recibe el trabajador en atención a la desigualdad natural que existe entre este y el empleador, razón por la cual, debiera considerarse únicamente la posibilidad de establecer la “solidaridad pasiva”, sin perjuicio de las aclaraciones hechas con respecto a esta institución.

IV. CONCLUSIONES

A partir de lo desarrollado anteriormente, se ha establecido que pese a no existir una regulación expresa sobre el grupo de empresas en nuestro ordenamiento laboral vigente, ello no ha impedido a nuestros jueces a determinar cuándo, por oposición a la existencia de un grupo real, se está frente a un grupo de empresas fraudulento. Así, ante tal vacío legal, los jueces han reconstruido la figura de un grupo de empresas fraudulento a fin de descascarar la verdadera identidad que se esconde tras una aparente independencia de las empresas conformantes del “grupo”.

Asimismo, se señaló que el fundamento de la naturaleza de las cosas desarrollada por la jurisprudencia uruguaya, sostiene que la responsabilidad pese a no estar expresamente establecida por la ley o por el título de obligación (como en efecto prevé el artículo 1183 del Código Civil) es *in solidum*, por lo que su regulación proviene de una fuente extralegal.

Se ha advertido que, en casos de grupos de empresas fraudulentos no cabe hablar de responsabilidad solidaria, pues en estricto, esta institución requiere una pluralidad de deudores igualmente obligados frente a los créditos en favor del trabajador. En estos casos, convendría imputar la responsabilidad a un único deudor con varias caras en los términos expresados por Ermida o, una empresa multifacética en los nuestros.

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE ROJAS, Antonio. “Los procesos de trabajo taylorista y fordista. Notas sobre la hiperracionalización del trabajo y la caída de la tasa de ganancia”. Informe de Investigación. Universidad Nacional Autónoma de México, México. Consulta: 3 de mayo de 2014. En: <<http://www.mundosigloxxi.ciecas.ipn.mx/pdf/v03/11/03.pdf>>.

ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y Deficiencias*. Palestra, Lima, 2008.

ARCE ORTIZ, Elmer. *La circulación de trabajadores en el grupo de empresas*. Universidad de Cádiz, Sevilla, 1973.

ARCE ORTIZ, Elmer. “Grupos de empresas y derecho laboral”. En: *Revista Ius et veritas*. Año 13, N° 26, junio 2003.

AYLWIN CHIORRINI, Andrés e ROJAS MIÑO, Irene. “Los grupos de empresas y sus efectos jurídico laborales en el Derecho Comparado”. En: *Revista Ius Et Praxis*. N° 11, 2005, pp. 197-225.

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades*. Gaceta Jurídica, Lima, 1998.

CASTELLO, Alejandro. “La solidaridad en las obligaciones laborales”. En: *XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Panamá. Consulta: 13 de junio de 2014.

ECHAIZ MORENO, Daniel. *Los grupos de empresas: bases para una legislación integral*. Fondo Editorial Universidad de Lima, Lima, 2001.

ECHAIZ MORENO, Daniel. *Instituciones de derecho empresarial*. APECC, Lima, 2010.

ERMIDA URIARTE, Óscar. “Empresas multinacionales y derecho laboral”. Montevideo: Amalio Fernández. 1981.

HERRERA GONZALES-PRATTO, Isabel. “Grupo económico vs. Vinculación económica y rasgado del velo societario”. En: *Jus-Doctrina & Práctica*. Grijley, Lima, 2007.

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Empresa y sociedad: ¿por qué grupos de empresas en lugar de grupos de sociedades?” En: *Informativo Legal Rodrigo*. Vol. 152, Asesores Financieros, Lima, febrero de 1999, p. XVIII (in fine) y XIX. Citado por: ECHAIZ MORENO, Daniel. “Lineamientos conceptuales sobre los grupos de empresas”. En: *Revista Jus: Doctrina & Práctica*. N° 11, 2007.

HURTADO COBLES, José. *El levantamiento del velo y los grupos de empresas*. Bosch S.A., Barcelona, 2005.

MUÑOZ SALGADO, Silvia. “El concepto de vinculación por la “participación en la administración” y por el “control” para efectos de la normativa de precios de transferencia”. En: *Revista*. N° 46, 2008, p. 10. Fecha de consulta: 16 de junio de 2014. <http://www.ipdt.org/editor/docs/08_Rev46_SMS.pdf>.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Depalma, Buenos Aires, 1978.

SEMPERE NAVARRO, A. y ARETA MARTÍNEZ, M. “El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: inventario”. En: *Revista del Trabajo y Ministerio de Asuntos Sociales*. España.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Derechos laborales ante empleadores ideológicos. Derechos fundamentales e ideario empresarial*. PUCP, Lima, 2009.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Grupo de empresas, transmisión de empresas y persecutoriedad laboral: ¿cuáles son sus alcances?”. En: *Revista Diálogo con la jurisprudencia*. Año 11, N° 90, marzo 2006.

VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. “La flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laboral: El caso de la intermediación”. En: *Documento de Trabajo*. N° 124 de la Oficina Internacional del Trabajo, 2000.

HACIA LA INCLUSIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL EN LAS PRETENSIONES SOBREVENIDAS DE LOS ACTOS DE HOSTILIDAD LABORAL

Andy Jonathan Vélez Aliaga⁽¹⁾

“Si en algún ámbito del Derecho el concepto de ‘daño moral’ puede tener alguna aplicación, es, precisamente, en el del trabajo. La razón de la circunstancia de la ‘subordinación’ a que está sujeto el trabajador en el cumplimiento de su débito, resulta proclive para que la actuación de la otra parte, que dirige esa actividad humana, pueda menoscabar la facultad de actuar que disminuye o en su caso, frustra totalmente la satisfacción de un interés no patrimonial. (...) Una de las finalidades fundamentales del derecho del trabajo es el de asegurar el respeto de la dignidad de la persona del trabajador, por lo que la lesión que en tal sentido se le infiera, exige una reparación⁽²⁾”.

I. RESUMEN

En el presente trabajo el autor plantea que en la relación laboral, ante la comisión de actos de hostilidad, circunscritos en el artículo 30 de la Ley

(1) Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cajamarca. Mención Honrosa del Concurso de Investigación Universitaria de la SPDTSS (2014).

(2) VÁSQUEZ VIALARD, Antonio. Citado por Quispe, C. (02/08/2004). “La demanda laboral de indemnización por daño moral ocasionado al trabajador, bajo la Ley N° 26636”. Visto el 03/09/2014, de LABORAPERU: <<http://www.laboraperu.com/demanda-laboral-por-dano-moral-ocasionado-al-trabajador.html>>.

de Productividad y Competitividad Laboral, se crea un quiebre directo en la dignidad del trabajador, lo cual configuraría un daño moral indemnizable por las dos formas de pretensiones establecidas en el artículo 35 del mismo cuerpo normativo; por lo que, dicha indemnización debe ser incluida mediante modificatorias dentro de los supuestos específicos contenidos en el mismo artículo 35, de igual forma se propone incluir modificatorias en el artículo 38, a fin de que en conjunto el “daño moral”, su “indemnización” y “quantum”, sean figuras que adquieran solides y mitiguen la comisión de los actos de hostilidad.

II. INTRODUCCIÓN

La relación laboral es una de las más fundamentales –sino, la principal–; por la que el hombre continúa su existir así, como la de su núcleo familiar; además, que mediante ella alcanza su realización en múltiples esferas, teniendo un equilibrio físico, psíquico y espiritual. Así, cabe resaltar que esta elementalidad del trabajo para el hombre, es razón básica por la cual el Estado y el Derecho tienen que mediar esfuerzos para promover y brindar protección a esta relación, mediante una legislación específica que la regule en busca de la armonía y protección de los derechos que ella circunscribe.

Observándose que en la realidad, en dicha relación, el derecho entiende que el trabajador es la parte en mayor desventaja, por lo que la legislación y las leyes específicas deben enfocarse tuitivamente hacia él, asegurando sus derechos y su “dignidad”.

Por lo que el presente trabajo es una crítica a la forma en que esta “dignidad” del trabajador se encuentra en la mesa de discusión sí es que ¿existe y se respeta resarcitoriamente ante actos de hostilidad que van en contra del trabajador? Siendo esta la causa principal que nos lleva a estudiar el tema en cuestión; logrando observar que su “tratamiento indemnizatorio” y presupuesto de “daño moral” relacionados a la dignidad del trabajador dentro de la relación laboral, son inexistentes en la norma sustantiva (D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral Decreto Supremo N° 003-97-TR del 27/03/1997), concluyendo que dichas figuras son esenciales y deberían regularse como resultado directo a la comisión de los actos de hostilidad, lo cual, a escala general, traería consigo un descenso procesal de actos de hostilidad a ser conocidos ante los tribunales, cristalizándose la anhelada armonía dentro de esta relación laboral.

III. LOS ACTOS DE HOSTILIDAD ENTENDIDOS COMO DETERIORO A LA DIGNIDAD

Es deducible que, todos los actos de hostilidad en desmedro del trabajador, cuentan con un elemento común, siendo el daño a la dignidad, así también como a los derechos fundamentales, los mismos que son enumerados en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú, y derivan directamente del principio –derecho de la dignidad humana– artículo 1, del mismo cuerpo normativo⁽³⁾; por lo que, la fórmula correcta es entender que cualquier daño a los derechos constitucionales y a los fundamentales del trabajador, es un daño a la dignidad del mismo. Así, en cada una de las causales enunciadas en el artículo 30 del Texto Único Ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral - Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante, LPCL), se puede evidenciar que la dignidad del trabajador resulta en desmedro, por lo que, cuando se verifica o es probado el acto hostil, se la debería calificar como daño moral.

Dado el anterior enunciado, es necesario desarrollar los siete supuestos actos de hostilidad circunscritos en el artículo 30 de la LPCL; así se puede establecer el nexo lógico que derivaría entre su comisión para con el daño a la dignidad del trabajador. Siendo los supuestos:

- a) **La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador.**

La remuneración viene a ser la contraprestación que recibe una persona por la prestación de servicios de manera subordinada; además de ser esta remuneración un elemento esencial del contrato de trabajo, ha sido considerada como un derecho constitucional; de esta manera el primer párrafo del artículo 24 de nuestra Carta Principal, reconoce que:

“El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”.

(3) ETO CRUZ, G. “Derechos Fundamentales”. En: *El Tribunal Constitucional reescribe el Derecho*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 62.

En atención a que dicha remuneración cumple una finalidad alimentaria, en el sentido que es presumible que sea el único ingreso económico por la cual el trabajador y su núcleo familiar subsistan y cubran sus necesidades básicas⁽⁴⁾. Siguiendo esta lógica, el Tribunal Constitucional ha manifestado que se debe entender como un derecho fundamental; teniendo una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio-derecho a la igualdad y a la dignidad⁽⁵⁾.

De igual forma, el artículo 23, numeral 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, refiere:

“Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”.

En concordancia con lo anterior, nuestra carta magna, establece en el artículo 24 lo siguiente:

“El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador”.

Entendido esto, se debe concebir que toda falta de pago, o tardanza injustificada en la remuneración, es una lesión directa a un derecho fundamental del hombre, así como al principio de su dignidad, según lo establecido por los artículos precedentes; consecuentemente el no pago justificado y oportuno de la remuneración establecería directamente un daño moral, entendida como lesión a la dignidad.

b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría.

La reducción de remuneraciones.- Según lo señalado por la Corte Suprema en la Cas. N° 2224-2005-Lima, se entiende:

(4) RODRÍGUEZ GARCÍA, F. & QUISPE CHÁVEZ, G. “Actos de hostilidad”. En: *La extinción del contrato de trabajo, causales, requisitos y consecuencias*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 145.

(5) DE LAMA LAURA, M. “La Hostilidad Remunerativa: Una Visión Crítica de su Tratamiento Legal y Jurisprudencial”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, p. 14.
Vide f. j. 6 de la sentencia recaída en el Exp. N° 04922-2007-PA/TC.

“la reducción de remuneraciones solamente será válida en la medida en que exista un acuerdo expreso entre el trabajador y el empleador, pues de lo contrario se constituiría una rebaja inmotivada de la remuneración, lo que se encuentra prohibido por ley considerándose un acto hostilizadorio⁽⁶⁾”, lo cual ha sido reafirmado por el Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 009-2004-AA/TC, así como por la sentencia contenida en el Exp. N° 0818-2005-PA, al afirmar que “las remuneraciones de los trabajadores, al amparo de lo dispuesto en el artículo 26, inciso 2, de la Constitución Política del Perú, son irrenunciables e intangibles, y solo se podrán afectar las planillas de pago por orden judicial o por un descuento aceptado por el trabajador”; vislumbrándose que el único supuesto en el que, jurisprudencialmente, se había considerado válida la reducción remunerativa, es cuando esta surge de un acuerdo entre el trabajador y el empleador; aseveración que a nuestro modesto modo de ver, es verdad en parte, en el sentido que la reducción de la remuneración del trabajador se debe dar no directa e individualmente, sino indirectamente y al ámbito global⁽⁷⁾; así, observamos que este “acuerdo” debiera darse entre el sindicato de trabajadores (o la mayoría de trabajadores, en caso sea una empresa pequeña que no tenga sindicato) y el empleador; dicho acuerdo trataría la reducción de la remuneración de todos los trabajadores, a propuesta del empleador, para lo cual, el sindicato al tener facultades de representación en los intereses de los trabajadores sería el órgano encargado de pactar este acuerdo con el empleador; puesto que, tal y como se regula en la realidad la reducción de la remuneración, el empleador solo tendría que acordar dicha reducción directamente con el trabajador, y si este aceptara, (según nuestro criterio) la legalidad del acto sería puesta en duda pues ese acuerdo configuraría como un acto de discriminación en el trato laboral, pues cabe preguntarse a manera de ejemplo ¿por qué el empleador acordó con el trabajador Juan la reducción de su remuneración; pudiendo haberlo acordado con los trabajadores Carlos o Pedro? –Esta propuesta es atendible en la medida que la reducción de la remuneración que propone

(6) RODRÍGUEZ GARCÍA, F. & QUISPE CHÁVEZ, G. Ob. cit., p. 146.

(7) Aplicable solo al régimen privado, dado que en el régimen público se cuenta con un presupuesto establecido por Ley.

el empleador responde a criterios de ahorro y economía en la administración de la empresa—, no teniendo que localizar este ahorro sobre un solo trabajador, para luego proponérselo mediante reducción remunerativa. Por lo que, sería un mejor tratamiento que el monto del ahorro que necesita el empleador, se lograra mediante un acuerdo con el sindicato de trabajadores, y de ser positiva esta negociación, dicho monto del ahorro se reflejaría en la reducción remunerativa de una fracción muy pequeña para cada trabajador, siendo esta “fracción” casi imperceptible y no perjudicial a la integridad alimentaria ni a la dignidad del trabajador.

Entonces, retornando a la realidad de la regulación sobre este tema, es posible que la remuneración pueda ser reducida, siempre que sea motivada (justificada) por el empleador y se cuente con el consentimiento libre y expreso del trabajador; adicionándose según lo expresado por el Dr. Jorge Toyama Miyagusuku, (citado por Rodríguez García F. y Quispe Chávez Gustavo)⁽⁸⁾ refiere que la rebaja remunerativa no podría producirse por debajo del monto establecido como remuneración mínima vital, siendo esta cifra no disponible a negociación por parte del trabajador.

La reducción inmotivada de categoría del trabajador.- En esencia el empleador tiene potestad de modificar las actividades que debe realizar el trabajador, sí tiene razones que lo justifiquen, siendo estas razones, las necesidades de la empresa⁽⁹⁾; Sin embargo, la reducción de categoría que decide el empleador en desfavor del trabajador, puede configurar un acto de hostilidad si el empleador ha tomado la decisión de forma unilateral y su actuar carezca de motivación objetiva o legal; por ello es de sumo interés que se tengan en consideración los límites al poder de dirección del empleador, regulados en el segundo párrafo del artículo 9 de la LPCL⁽¹⁰⁾, el cual postula: “El emplea-

(8) Rodríguez García, F. & QUISPE CHÁVEZ, G. “Actos de hostilidad”. En: *La extinción del contrato de trabajo, causales, requisitos y consecuencias*. Gaceta Jurídica, p. 148.

(9) Ob. cit., p. 150.

(10) CAMPOS TORRES, S. “Situaciones que Constituyen Actos de Hostilidad”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2009 p. 5.

dor está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”. Así mismo se debe observar las condiciones y especificaciones del trabajo pactadas en el contrato.

- c) **El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio.**

En este punto, se debe analizar una facultad del empleador, con base en su poder de dirección, siendo esta la movilidad geográfica, lo cual implica la movilidad del trabajador a un centro de trabajo distinto perteneciente al mismo empleador⁽¹¹⁾. Para que dicho traslado, sea considerado como un acto hostilizadorio, es necesario que exista la intencionalidad de parte del empleador de causar perjuicio al trabajador, siendo esta “intencionalidad” imprecisa, como veremos más adelante; debiendo evidenciarse ciertos elementos objetivos y subjetivos, manera que:

El elemento objetivo. Este elemento se constituye por el hecho del traslado físico del trabajador a otro centro de trabajo ubicado en un lugar geográfico distinto.

Elemento subjetivo. Se sustenta en la intencionalidad de causar un perjuicio al trabajador, con el traslado de centro de trabajo a otro centro de ámbito geográfico distinto. Sin embargo, cabe apreciar que demostrar la motivación perjudiciosa de parte del empleador, es muy difícil, motivo por el cual esta realidad ha cambiado, puesto que la Casación Laboral N° 505-2012-Lima (01/04/2011) se ha pronunciado que sobre el específico artículo 30, Inciso C de la LPCL, y 50 del D.S. N° 001-96-TR, refiriendo que de acuerdo con la interpretación establecida, la exigencia prevista en los artículos antes citados “no suponen una acreditación exhaustiva del propósito de ocasionar perjuicio al trabajador, sino que se satisface ofreciendo los indicios y medios de prueba idóneos que permitan advertir que el ejer-

(11) RODRÍGUEZ GARCÍA, Fernando & QUISPE CHÁVEZ, Gustavo. Ob. cit., p. 152.

cicio de la facultad de dirección o *ius variandi* por parte del empleador no se ha sujetado a los límites que impone el principio de razonabilidad, sino que por el contrario, haciendo un uso abusivo del mismo, menoscaban y denigran los derechos fundamentales del trabajador, lo que justifica la necesidad de exigir la acreditación de dicha conducta, sin que ello suponga dejar en estado de indefensión al trabajador afectado, ya que el juez, en cada caso concreto y atendiendo a las particularidades del mismo, deberá ponderar y atenuar las exigencias de prueba, mas no así su eliminación⁽¹²⁾”.

Por lo que, según lo anterior, la prueba por parte del trabajador, no es un instrumento perfecto, por el cual su existencia sea certera e incuestionable para demostrar el perjuicio del empleador, no obstante yendo estas pruebas a ser básicamente evidencias e indicios, de los cuales se desprenda el actuar falto del principio de razonabilidad por parte del empleador.

Asimismo, según el Exp. N° 02904-2011-PA/TC, el Tribunal Constitucional, estableció que: el traslado del trabajador no debe vulnerar el derecho a la unidad familiar, el cual se verifica especialmente en los casos en que los familiares del trabajador sufren algún menoscabo físico o psicológico⁽¹³⁾. Esta declaración es válida y suficiente para dar un nuevo enfoque, sobre el cual el empleador no puede hacer abuso de su poder de dirección y de *ius variandi*, para separar injustificadamente al trabajador de su familia.

d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador.

Este punto, se refiere a que el empleador tiene la obligación de aportar y propiciar un ambiente laboral sano, tanto física como moralmente; estas obligaciones están referidas directamente a que el empleador garantice la vida y salud, en base a que el

(12) ESPINOZA ESCOBAR, J. “La Facilitación Probatoria”. En: *Los procesos de actos de hostilidad*. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 13.

(13) Gaceta Jurídica. “Empleador debe fundamentar traslado geográfico de sus trabajadores”. En: *La Ley*, Lima, 2014, p. 62.

ambiente laboral se encuentre libre de riesgos que a futuro lesionaría al trabajador; obligaciones que están contenidas en las llamadas normas de seguridad y salud en el trabajo y aquellos dispositivos que tienen aplicación más restringida como reglamentos; por corresponder a aspectos más concretos tales como:

- Ley General de Salud.
- Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- El Reglamento de Seguridad Industrial.
- El Reglamento de Seguridad e Higiene Minera.
- Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.
- Reglamento sobre vigilancia y control sanitario de alimentos y bebidas.
- Reglamento técnico para la elaboración de los reglamentos internos de las entidades prestadoras que explotan infraestructura portuaria de uso público.
- Reglamento sanitario para las actividades de saneamiento ambiental en viviendas y establecimientos comerciales, industriales y de servicios⁽¹⁴⁾.

De las normas citadas, anteriormente, se entiende que el actuar diligente del empleador frente a sus trabajadores, responde a principios como de prevención, de responsabilidad, cooperación, información y capacitación, principio de gestión integral, principio de atención integral de la salud, principio de consulta y capacitación, de primacía de la realidad, y de protección. Dichas obligaciones del empleador, así como los citados principios, se desarrollan en compatibilidad con el bienestar y dignidad de los trabajadores, acorde con el numeral b, del Título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783.

(14) *Análisis Laboral*. (27 de Agosto de 2011). casuística laboral: Actos de Hostilidad. Visto el 2 de Agosto de 2014, de Aele: <<http://www.aele.com/sites/default/files/archivos/analab/11.08%20AL.pdf>>. p. 26.

e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia.

El acto de violencia o agresión contra el trabajador o de amenaza a su dignidad personal, per se, será reputado como acto de hostilidad; además de ser un abuso de autoridad, dado que la relación laboral, a diferencia de la esclavitud y la servidumbre, no justifica la sumisión personal y total al patrón.

El faltamiento de palabra, para configurar un acto de hostilidad, debe ser grave, es decir, debe lesionar la dignidad del trabajador o de su familia, ya sea por su propio contenido o por las circunstancias en que se produce el agravio.

Debido a que en esta causal de hostilidad, existe un alto grado de subjetividad, este supuesto dependerá de los medios probatorios que ofrezca el trabajador para acreditarlo.

Asimismo, comprobado el acto hostil, manifestamos que se lo entiende como vulneración directa a la dignidad del trabajador, entendida como quiebre de su honor, tal como lo manifiesta el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02101-2011-PA/TC⁽¹⁵⁾ además de las sentencias N° 905-2001-PA/TC y N° 4099-2005-PA/TC, entre otras;

f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.

El principio de no discriminación, no podría explicarse sin el principio de igualdad, en función de que este desarrolla las situaciones en las que las personas están prohibidas de realizar distinciones injustificadas. Así, la igualdad desde su óptica

(15) Expediente N° 02101-2011-PA/TC. (...) De este modo, la Constitución hace referencia a dos dimensiones de protección de la dignidad humana, la primera referida a la persona en tanto que individuo dotado de inmunidad frente a cualquier agresión a su autoestima y su dignidad objetivada como ser libre e igual a los demás; la segunda como ser que forma parte de un grupo social y se relaciona cotidianamente con sus semejantes. Mientras que la dimensión del honor individual se refiere a un derecho personalísimo indelegable, en su dimensión de buena reputación, el honor se expande como una posición iusfundamental que puede también ampliar sus efectos para proteger posiciones similares no solo de personas naturales, sino incluso en los entes que, amparados en alguna manifestación de personalidad jurídica que les confiere el sistema jurídico (...).

constitucional subjetiva, trasfiere a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la Ley y no ser objeto de forma alguna discriminado; pudiendo ser esta discriminación en la relación laboral por razones de raza, sexo, religión y origen, llamada “discriminación directa⁽¹⁶⁾” siendo las taxativamente detalladas en el artículo 29 y las del numeral f, del artículo 30 de la LPCL, además según la Casación N° 2386-2005-Callao, “existen aún más causales de discriminación, por lo que deberá considerarse una lista abierta a un sinnúmero de hechos que representen un hecho de diferenciación arbitraria o no objetivo⁽¹⁷⁾”; de igual forma la STC del Expediente N° 0008-2005-AI/TC, hace referencia a la “discriminación indirecta” como aquella que se configura cuando la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de lo “constitucional”, cuya intención y efecto perseguible son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores; esto acorde con el artículo 1, literal b, del Convenio N° 111 de la OIT, que establece discriminación indirecta, como “cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación⁽¹⁸⁾”. Abriéndose una gama de elementos de estos actos discriminatorios a todos los actos que representen una diferenciación no sustentada en causas objetivas y razonadas.

Consecuentemente, la discriminación es un concepto que busca la sanción del trato desigual que afecta la dignidad humana del trabajador por su pertenencia a determinados grupos sociales u situaciones; atentando también contra el principio derecho de la igualdad.

g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.

Los actos contra la moral, vienen a ser todos aquellos que laceran el aspecto psíquico y espiritual del trabajador; es decir,

(16) GONZALES RAMÍREZ, L. A. “Igualdad Remunerativa y no Discriminación”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, p. 14.

(17) Ídem.

(18) Ibídem, p. 15

se circunscriben a la esfera interna del individuo, considerando que el trabajador es sujeto de derecho de protección jurídica constitucional, con base en derechos fundamentales que se desprenden de la dignidad.

Estos actos se desarrollan en la mayoría de veces, de forma sistemática y conjunta, es decir, interviniendo varios actos hostilizadorios por parte del empleador contra la dignidad del trabajador, con lo que superlativamente se establece un acoso moral, o también llamado en el sistema anglosajón como *mobbing*, que para el específico de la relación jurídico laboral del empleador - trabajador, sería en un “*mobbing* vertical descendente”.

Este numeral del artículo 30 de la LPCL, en su segundo enunciado deja abierta toda posibilidad de entender a cualquier lesión de la dignidad, como un acto de hostilidad, asimismo, se debe interpretar que los actos contra la dignidad reflejados en este acápite, deben ser entendidos de forma sistemática como todas las causales de hostilidad que desarrolla el artículo 30 de la LPCL. Por lo que, toda comisión de cualquier acto de hostilidad detallado en este artículo daña directamente la dignidad de la persona, en su condición de trabajador.

Connotados los actos de hostilidad enunciados artículo 30 de la LPCL como acciones que por parte del empleador transgrede la dignidad del trabajador, cabe indicar las dimensiones de esta dignidad transgredida, a fin de establecerla como elemento fundamental del daño moral.

IV. LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR

El hombre como tal, por su desarrollo físico, psíquico, espiritual dentro de la historia y la antropología, es el ser cardinal de toda realidad; razón de la cual se desprende que todas las ciencias, sistemas, tratados, estudios, técnicas, artes, etc., orbiten en beneficio de este; así, en el ámbito forense, el Derecho, entendido como sistema regulador de las relaciones humanas con relevancia jurídica con base en un cuerpo normativo, direcciona tuitivamente estas relaciones en función de una anhelada paz, justicia y tranquilidad social.

Entendido esto, se debe concebir que el hombre es un conjunto muy variado de una serie de aspectos tales como familiares, religiosos, sociales, académicos, artísticos, científicos, deportivos, laborales, etc. siendo estos aspectos por los cuales establece relaciones jurídicas. Ahora bien, el hombre al establecer estas relaciones, las hace en ejercicio de su libertad, misma facultad que le es innata, por lo que su uso se contrapondrá a las libertades de los más individuos, siendo esta la causa que el dinamismo de individuos con base en sus libertades, se frene por el respecto de su dignidad y a la de los demás.

Cabe mencionar aquí, que la “dignidad” como tal, es una construcción que se ha dinamizado a lo largo de la historia⁽¹⁹⁾; así, un concepto no aportaría la seguridad total de su contenido, puesto que inmediatamente sería debatido según distintas posturas con fundamentos tanto históricos como filosóficos; sin embargo, lo que sí se puede hacer es asumir una definición u presunción de lo que es “dignidad”, al ser este mismo criterio el que en la práctica adoptan distintas especialidades de estudio o ciencias sociales, siendo el caso del Derecho.

Dicho esto, antes de esbozar una definición o presunción de lo que es “dignidad” cabe revisar brevemente su tratamiento histórico-filosófico. Así, vemos que Platón, la planteó como resultado solo de la virtud⁽²⁰⁾; Aristóteles sostenía que existía una compatibilización entre cuerpo y alma por lo que el hombre al ser un animal racional y político aspiraba a la felicidad, siendo en esencia la dignidad lograda de la virtud⁽²¹⁾; Cicerón propuso que la dignidad era la razón que impulsa el logro y superación de la vulnerabilidad humana⁽²²⁾; Séneca dispuso que era fundamento de la libertad del hombre⁽²³⁾, fortificándose estas ideas con los discursos de “*dignitas hominis*” en la Edad Media y en el Renacimiento, donde la dignidad del hombre era la esencia misma de Dios (*dignitas hominis homo imago dei*)⁽²⁴⁾; luego con Descartes, es propuesta como la libertad y pensamiento⁽²⁵⁾; llegando al “Huma-

(19) ERMIDA URIARTE, Óscar. “Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 53.

(20) PÉLE, A. (1 de julio de 2006). Tesis Doctoral: Filosofía e Historia en el Fundamento de la Dignidad Humana. Visto el 2 de setiembre de 2014, de Universidad Carlos Tercero de Madrid: <http://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/3052/Tesis_Pele.pdf?sequence=7>. p. 94.

(21) *Ibíd*em, pp. 116-123 y 131.

(22) *Ibíd*em, p. 238.

(23) *Ibíd*em, p. 273.

(24) *Ibíd*em, p. 576.

(25) *Ibíd*em, p. 753.

nismo jurídico”, donde Grocio la desarrolló como sociabilidad y entendimiento “Humanismo racional⁽²⁶⁾”; pasando al “Humanismo voluntario” donde Pufendorf sostiene que la dignidad del hombre se construye por lo que debe ser un reconocimiento de la igualdad, respeto y seguridad ⁽²⁷⁾, así Tomásio planteó a la dignidad como el respeto a la libertad y felicidad, por lo que debía ser reconocida a todos por igual⁽²⁸⁾; luego, Kant propondría que la moral del hombre tenía que ser la voluntad y razón, por lo que el imperativo categórico debía servir de pauta para el comportamiento humano, es decir, las leyes, por lo que debieran darse sobre la base de la razón buscando la protección de la dignidad⁽²⁹⁾.

Visto este desarrollo podemos definir a la dignidad, según nuestros fines académicos, resaltando las menciones mínimas jurídicas-filosóficas que esta contiene, siendo la dignidad: “El derecho y metaprincipio directriz que, por presunción se reconoce a todo ser humano, y está basado en la libertad, moral, respeto, honor, igualdad y demás derechos y libertades que aseguren su integridad física, psíquica y espiritual, por ser el hombre el ente central de toda realidad y relación”.

Siendo así la dignidad una construcción filosófica; también el Estado y el ordenamiento jurídico la han tomado y regulado, reconociéndola ontológicamente⁽³⁰⁾ como fin supremo y metaprincipio, así el artículo 1 de nuestra Constitución Política, establece:

“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Esto es causa suficiente para que, en todas las relaciones jurídicas se proteja la dignidad.

Pues bien, de todas las relaciones jurídicas la más importante, es la relación laboral, dado que esta regulará el trabajo del hombre, y este trabajo es por antonomasia la perduración de su vida así como de su núcleo familiar, por lo que el trabajo es un derecho fundamental, según el artículo 2, numeral 15 del mismo cuerpo normativo, que refiere:

(26) *Ibidem*, p. 822.

(27) *Ibidem*, pp. 830 y 838.

(28) *Ibidem*, p. 852.

(29) *Ibidem*, p. 895.

(30) Dignidad ontológica. Cuando nos referimos al “valor absoluto” que manifiestan ciertos seres por el mero hecho de ser.

“Toda persona tiene el derecho fundamental de trabajar libremente con sujeción a la ley”;

Acorde con el artículo 22 de la Constitución: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

Vislumbrándose por la propia naturaleza de la relación laboral que la Constitución busca proteger al trabajador al estar en un contexto de subordinación en el que se da el trabajo; motivo aparente en que el constituyente ha entendido que las particularidades de la relación laboral ameritan un trato especial. Así se desprende que ningún trabajador, bajo cualquier tipo de contrato de trabajo, puede tener limitaciones a los derechos constitucionales⁽³¹⁾, además de los específicamente laborales reconocidos en la Constitución⁽³²⁾, ni tampoco puede verse afectado sus derechos que contravengan su dignidad, acorde con el artículo 23 de la Carta Principal, citando que:

Artículo 23. “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

Por lo que, el poder que ejerce el empleador no puede ser excesivo; suponiéndose que todo acto de hostilidad por parte del mismo, colisiona con los mencionados derechos que posee el trabajador, los cuales nacen del derecho –principio de **la dignidad**, que se vincula al honor, a su reputación, a la igualdad y no discriminación, a la libertad ideológica y religiosa, a la intimidad personal, a la propia imagen, etc.

Entendida esta secuencia lógica, todo acto hostil en la relación laboral en desfavor del trabajador, lesiona su dignidad; por lo tanto, esta dignidad lesionada, es considerada un daño moral o extrapatrimonial.

Así, de acuerdo con Vielma Mendoza Yoida, los llamados daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, **la dignidad**, la estima social, a la salud física o psíquica; es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de la personalidad o extrapatrimoniales⁽³³⁾.

(31) Acorde con el artículo 2, numeral 24 b) de nuestra Carta Magna Peruana se preceptúa que: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal (...)”.

(32) Acorde con los artículos 24-26 de la Constitución Política del Perú de 1993.

(33) VIELMA MENDOZA, Y. (11 de noviembre de 2006). “Discusiones en torno a la reparación del daño moral. Visto el 30 de agosto de 2014, de Universidad de los Andes Venezuela: <<http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/19099/2/articulo8.pdf>>. p. 138.

De lo anterior, se debe entender –a fin de establecer nuestra propuesta–, ¿qué es lo que ocurre cuando en la relación laboral el empleador comete alguno de los actos de hostilidad, circunscritos en el artículo 30 de la LPCL?, así, la misma ley resuelve que el trabajador, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 puede optar excluyentemente por:

- **El cese de hostilidad.**- En cuyo caso, si la demanda es declarada fundada se resolverá por el cese de hostilidad, imponiéndosele al empleador la multa que corresponda según la gravedad de la falta, o
- **Darse por despedido.**- Es decir la terminación del contrato de trabajo, y pedir indemnización por el despido arbitrario, en este caso poner fin al contrato de trabajo, para ello solicitará el pago de la indemnización a que se refiere el artículo 38 de la LPCL (indemnización por despido arbitrario) independientemente de la multa y beneficios sociales que puedan corresponderle.

Estas dos alternativas, establecidas en la LPCL, son el resultado de haberse producido y comprobado algún acto hostil; observando que en la segunda pretensión aparece el “pago de una indemnización”; es en este punto donde cabe cuestionarse si **¿dicha indemnización cubre el daño moral sobrevenido de la lesión de la dignidad del trabajador?**, interrogante a la que se dará respuesta en el siguiente acápite.

V. LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LESIÓN DE LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR

En principio, establecido en el enunciado taxativo del segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL: “Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, **el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38, como única reparación por el daño sufrido (...)**”; el cual en cierta manera ha traído inconvenientes en cuanto al desarrollo efectivo y justo de los procesos laborales en el Perú; pues los juzgados especializados al amparo de la Ley N° 26636 (Ley Procesal del Trabajo), negaban la posibilidad de que el daño moral no estaba incluido dentro de la indemnización por despido arbitrario⁽³⁴⁾ (siendo de

(34) QUISPE MONTESINOS, C. (10 de setiembre de 2010). “La demanda de indemnización por daño moral ocasionado al trabajador bajo la Ley N° 26636”. Visto el 30 de agosto de 2014, de

mismos efectos para la pretensión de indemnización por termino de contrato ante comisión de actos de hostilidad).

De allí, nótese que por largo tiempo estuvo en discusión si la indemnización por despido arbitrario contemplaba la reparación de todos los daños (siendo así, la pretensión de indemnización por termino de contrato ante comisión de actos de hostilidad, sigue la misma suerte); a lo que la doctrina se mostraba dividida, pues un grupo aseguraba que dicha indemnización si cubría el daño moral, así, Blancas Bustamante, (citado por Toyama Miyagusiku e Higa García), refiere que dicha indemnización constituye una: “(...) reparación del daño ocasionado al trabajador por la disolución del contrato, que al privar a este de su fuente de trabajo le acarrea perjuicio, de orden económico, moral y psíquico⁽³⁵⁾”.

Existiendo otro sector de la doctrina inclinados a lo contrario; así compartimos esta idea adaptándola en el sentido que la indemnización por despido arbitrario (siendo igual a la indemnización en la pretensión de la terminación del contrato, por comisión de actos de hostilidad), **solamente cubre ciertos daños**; de acuerdo con Alicia Jiménez Llerena, cubre los “daños normales” causados por el cese del empleo, mas no aquellos daños extraordinarios o especiales dañinos, agravados por una actitud maliciosa del empleador⁽³⁶⁾, siendo estos últimos los que constituirían el daño moral. Asimismo, afirmamos lo manifestado por Oxal Ávalos Jara, al referir que la indemnización del despido arbitrario tiene únicamente por finalidad cubrir las contingencias del cese, es decir, los “daños normales”, por ejemplo, alimentación, vivienda, vestido y en general, todas aquellas necesidades que tenía cuando prestaba sus servicios subordinados; es decir daños patrimoniales⁽³⁷⁾.

Entendido ello, compartimos que la pretensión de indemnización por cese de contrato sobrevenida de actos de hostilidad, y tratada como despido

Laborperu: <<http://www.laboraperu.com/demanda-laboral-por-dano-moral-ocasionado-al-trabajador.html>>

(35) TOYAMA MIYAGUSUKU, J. & HIGA GARCÍA, A. “Las demandas de pago de indemnización por daños y perjuicios derivados de un despido”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 16.

(36) JIMÉNEZ LLERENA, A. “¿Cabe Indemnizar el Daño Moral a Causa del Despido? Un Breve Estudio a Partir de la Jurisprudencia”. En: *Actualidad Jurídica*. Gaceta jurídica, Lima, 2007, p. 159.

(37) ÁVALOS JARA, O. (11 de febrero de 2011). “¿La indemnización por despido arbitrario cubre todos los daños generados con ocasión del cese?”. Recuperado el 30 de agosto de 2014, de Derecho del Trabajo y Seguridad Social: <<http://trabajo-seguridadsocial.blogspot.com/2011/02/la-indemnizacion-por-despido-arbitrario.html>>.

arbitrario solo cubre este tipo de “daños normales”, estando excluido el daño moral, es decir, la lesión a la dignidad.

Esto resultó en que los Juzgados Especializados también cuestionaran sí contaban o no con la competencia para conocer sobre los procesos de daño moral sobrevenidos del despido arbitrario (siendo igual a la pretensión relativa al daño moral de la terminación del contrato, por comisión de actos de hostilidad).

Así, consideraron que este tipo de daño por trascender a la esfera de la productividad por afectar la actividad del sujeto o el desarrollo normal de su vida debía ser evaluada por los Juzgados Civiles, como se expresara a través de la **Casación N° 3084-2000-Lima del 23 de febrero de 2001** expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema y por sucesivas ejecutorias expedidas por las Salas Laborales⁽³⁸⁾. De ambigua forma un sector de la doctrina señalaba que es el juez laboral a quien por su especialización le correspondía conocer las pretensiones de daño extrapatrimonial derivadas de la inexecución de las obligaciones emanadas del contrato de trabajo, mientras otro sector señala que tanto el Juez de Trabajo como el Juez Civil se encuentran facultados para dilucidar el daño extrapatrimonial causado y fijar el importe indemnizatorio, teniendo el afectado la opción de decidir a qué juez acudir, ya que tanto en el ámbito laboral como en el civil existiría normativa que pueda sustentar el derecho invocado.

Existiendo estas contradicciones, el 2 de mayo de 2006 la Corte Suprema de Justicia, publicó en el diario oficial *El Peruano* la sentencia de casación recaída en el Exp. Cas. N° 287-2005-Tumbes, estableciendo como criterio vinculante que los jueces de Trabajo, son competentes para conocer no solo las demandas de indemnización por daño patrimonial que interpongan los trabajadores contra sus empleadores, sino también las que tengan naturaleza extrapatrimonial⁽³⁹⁾. Siendo esta casación la que deduciblemente afrontó el aparente vacío legal existente y motivó a que el tema fuera abordado y resuelto en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral de 2008, donde ante la interrogante **¿es competente el juez especializado en lo laboral para el conocimiento de las acciones de indemnizaciones por los daños y perjuicios derivados del contrato de trabajo?**, de lo cual, se resolvió que dicho juez sí es competente para el conocimiento de las acciones de indemnización por daños y perjuicios derivados del contrato de trabajo; con lo que

(38) QUISPE MONTESINOS, C. Ob. cit.

(39) Ídem.

se zanjó el problema de la competencia del juez laboral para conocer expresamente las pretensiones de daño moral.

Siendo este último Pleno, el que muy probablemente inspiró la regulación de la figura en específico en la Ley N° 29497 (Nueva Ley Procesal del Trabajo), tomándose y regulándose el precedente por cuanto el artículo 2, inciso 1, literal b, confiere formalmente, que es competencia del juez de Trabajo el conocimiento de procesos que traten de responsabilidad **patrimonial** y **extrapatrimonial**. Más adelante, esto se complementaría con el acuerdo del segundo tema abordado en el I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral de 2012, donde el tema tratado sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de enfermedades profesionales, el pleno acordó que: “Los jueces que ejercen competencia en el amparo de la Ley Procesal del Trabajo N° 26636 y en la Nueva Ley Procesal de Trabajo N° 29497, conocerán de las demandas de daños y perjuicios por responsabilidad contractual tanto por daño patrimonial, que abarca el lucro cesante y daño emergente, como por daño moral, especialmente en los casos de enfermedad profesional”; es decir, directamente se reconoce el daño moral como pretensión a ser conocida por los juzgados laborales.

VI. PROPUESTA

Es propio resaltar que la pretensión de indemnización por daño moral (extrapatrimonial), sí está contemplada en la Ley N° 29497 (Nueva Ley Procesal del Trabajo), allí se establece que es de competencia de los Juzgados Especialistas de Trabajo, conocer las pretensiones de, según su artículo 2, inciso 1, literal b: “La responsabilidad por daño patrimonial o **extrapatrimonial**, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio”. Sin embargo, como ya lo hemos indicado en líneas anteriores, este tipo de indemnización por daño moral no está enunciada en la LPCL, puesto que la única indemnización que se encuentra regulada, es la indemnización por despido arbitrario (daño patrimonial).

Ante tal situación, debe notarse que idealmente –de forma general–, la norma procesal (para el caso, la Ley N° 29497) de manera normal, viabiliza la concreción de la norma sustantiva (para el caso la LPCL), la cual consagra en abstracto el derecho, por lo que debe relacionarse una existencia y correspondencia entre ambas. Aquí cabe preguntar: **¿cómo es que la**

norma procesal (Ley N° 29497) puede instrumentalizar eficazmente el derecho en abstracto de la indemnización por daño moral, que no existe en la norma sustantiva (LPCL)?

Así cabe resaltar, que ante la comisión de los actos de hostilidad descritos en el artículo 30 de la LPCL, se niega la indemnización por daño moral como pretensiones válidas a ser planteadas en el artículo 35; siendo las permitidas: primero el cese de hostilidades y la segunda el término de contrato, donde se brindará una indemnización a manera de despido arbitrario (siendo una reparación puramente patrimonial, por los “daños normales”); lo cual a nuestro modo de ver es totalmente injusto, puesto que de manera clara este artículo 35 de la LPCL da licencia a hostilizar al trabajador sin brindar ninguna protección ni reparación a su dignidad vulnerada; además que dichas pretensiones del artículo 35 aperturan un grado mayor de injusticia, pues somete al trabajador a hostilidades, a pesar de seguir su vínculo laboral sin la garantía de que dichos actos cesen, o en la segunda opción de pretensión, se le presiona a terminar su contrato a pesar de haberse mellado su dignidad por actos de hostilidad y sin lugar a ninguna reparación al daño moral, atentando contra su derecho de estabilidad laboral.

Es relevante manifestar a nuestro criterio, que los excesos detallados en el párrafo anterior se deben a que la regulación de plantear a la indemnización por despido arbitrario como igual a la indemnización referida en la pretensión conexas al término de contrato sobrevenidos de actos de hostilidad –según el artículo 35 de la LPCL–, es un error, que ha traído confusiones e injusticias; además, la no tipificación del “daño moral” como pretensiones válidas ante la comisión de actos hostiles agravan el problema, el cual, en la práctica no se ha solucionado con incluir en la Ley N° 29497-NLPT el conocimiento de pretensiones extrapatrimoniales.

A nuestro modo de ver sucedió que, entendida claramente la figura del despido arbitrario, esta suponía la interrupción del vínculo laboral por lo que el derecho protegía este “vínculo” basado en el derecho al trabajo, así la principal pretensión debía ser el restablecimiento del vínculo laboral, lo cual encajaba en la figura de la “reposición”, reconociéndole al trabajador las remuneraciones y demás beneficios como si nunca se hubiese quebrado la relación laboral; de igual forma la segunda pretensión, en caso de que el trabajador no desee continuar el vínculo laboral o sea limitado de ello, era reconocerle una reparación por las remuneraciones y beneficios que debería recibir hasta el término de su relación laboral normal (más una prima por el daño patrimonial propio del caso), es decir, lo que le correspondía hasta el

término de su contrato (mediante un tope tarifado si se encontraba ante un contrato a tiempo indeterminado) siendo en esencia esta la “indemnización por despido arbitrario”; nótese que en ambas pretensiones lo fundamental, era proteger el derecho al trabajo con base en el vínculo laboral. Sin embargo, los presupuestos lógicos en las pretensiones propuestas ante la comisión de actos de hostilidad son totalmente distintos, pues aquí lo que principalmente se debe cuidar es “la protección de la dignidad del trabajador en el vínculo laboral”, por lo que toda vulneración a esta dignidad traería consigo un indemnización extrapatrimonial. Llegados a este punto, postulamos que el legislador, tanto de manera técnica, filosófica y doctrinaria no percibió la gravedad de dar el mismo tratamiento a la “indemnización por despido arbitrario” (la cual es una reparación puramente patrimonial) con la “indemnización de la pretensión de término de contrato sobrevenidas de actos de hostilidad” (la cual es una reparación puramente extrapatrimonial); de igual forma, no percibió la gravedad de no incluir al daño moral dentro de la LPCL, específicamente en el artículo relativo a actos de hostilidad y reparaciones de estos daños.

Así, expresamos que se debe entender que la indemnización por despido arbitrario resarce daños puramente patrimoniales, debiendo necesariamente incluirse en la LPCL, las figuras del “daño moral” y de la “indemnización por daño moral”, la cual complementaría la regulación del tratamiento ante los actos de hostilidades en desfavor del trabajador, reconociéndole la salvaguarda de su dignidad. De igual forma, la inclusión de dicha “indemnización por daño moral”, debiera ampliarse ante ambas pretensiones contempladas en el artículo 35 de la LPCL; las cuales se darían mediante modificatorias de la siguiente manera:

“Artículo 35.- El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el artículo 30 de la presente Ley, podrá optar excluyentemente por:

a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, más el pago de la indemnización por daño moral a la que se refiere el artículo 38-A, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta; o,

b) La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso demandará el pago de la indemnización a que se refiere el artículo 38 de esta Ley, más el pago de la indemnización por daño moral a la

que se refiere el artículo 38-A de esta Ley, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle”.

1. Propuesta respecto al *quantum* indemnizatorio.

A nuestro modo de ver, se debe distinguir dos clases de daños: los que enuncian directamente el término de la relación laboral, planteada por el trabajador ante la comisión de actos de hostilidad en su desfavor, y que dicha indemnización debe ser tratada como despido arbitrario, correspondiéndole una indemnización a manera de reparación según artículo 38 de la LPCL, con lo cual, habiéndose determinado con anterioridad, se configuraría un daño “patrimonial”. Y una segunda, que, si bien no se encuentra materialmente regulada en la LPCL, es fundamental que se la desarrolle, en este sentido, es que debe regularse la indemnización por el daño moral o “extrapatrimonial”, que debe contar todo trabajador ante la lesión de su dignidad y derechos fundamentales en el transcurso de la relación laboral. Entonces, a efectos del presente trabajo, es que estando regulado el daño patrimonial, se pretende desarrollar esta segunda opción, así propondremos los lineamientos de cómo debería establecerse el Quantum indemnizatorio del daño moral.

Los especialistas de la materia civil, han realizado múltiples consideraciones por las cuales se debe medir el daño moral; siendo las principales: la libre cuantificación del daño directamente por el arbitrio de los juzgadores; y la de tasar la indemnización por ley. Siendo de estas dos alternativas la segunda por la cual mostramos preferencia, para el específico caso de indemnización extrapatrimonial de los actos de hostilidad; puesto que es de consideración que la decisión motivada de un juez para determinar el monto de un daño moral sobrevenido de la comisión de actos de hostilidad en desfavor del trabajador, solo y únicamente dependerá en esencia del proceso cognoscitivo que este juez tenga, así como de la aplicación de su cálculo sobre la base de subjetividades, su discrecionalidad y medios probatorios, amparándose, asimismo, en el uso supletorio de artículos del Código Civil, v.g. el artículo 1332; lo cual certeramente generaría disconformidad en una de las partes o para ambas, siendo este el motivo principal para que exista una continuidad de la acción plasmada en apelaciones, lo cual es perjudicial para las partes y para el mismo Estado, pues se desplazarían mayores gastos de dinero, tiempo y eficacia.

Es oportuno apreciar, que otra forma para calcular el daño moral, para el específico, debiera darse sobre la base de una tasación legal, es decir que el legislador debe regular taxativamente un monto determinado que sirva

de base al cálculo de la indemnización del daño moral, es decir debe existir una “tarifa legal”, la misma que de buena cuenta solucionaría los distintos criterios, imprecisiones y arbitrariedades en las sentencias de distintos jueces, siendo esta “tarifa indemnizatoria del daño moral” una forma de unificar criterios, eliminando injusticias y técnicamente ampliando eficacias.

Ahora bien, según lo planteado: ¿sí existiera dicha tarifa indemnizatoria por daño moral, cómo es que se aplicaría?- en este sentido es que proponemos que debería existir un monto base; a fin de lograr dicho fin; pudiendo por ejemplo: ser igual al monto de una remuneración y media del trabajador, criterio que sería análogo al establecido en la indemnización por despido arbitrario, según el artículo 38 de la LPCL; de lo cual, se tiene que se aplicaría el monto establecido, por cada mes desde que comenzaron los actos de hostilidad tipificados en el artículo 30 de la LPCL, hasta imponer un tope máximo a indemnizar hasta por 12 meses. Dicha propuesta debiera insertarse mediante modificatoria en la LPCL, de la siguiente manera:

“Artículo 38-A.- La indemnización por daño moral, es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual, por cada mes completo de servicios desde el inicio de los actos hostiles, con un máximo de doce (12) meses. Las fracciones de mes se abonarán por treintavos, según corresponda”.

VII. CONCLUSIONES

- Procesalmente, el objetivo no es probar la transgresión a la dignidad del trabajador, producida por la comisión de actos hostiles tipificados en el artículo 30 de la LPCL; puesto que dicho postulado contravendría la dirección de la indemnización por daño moral, cuestionándose probablemente que, “la dignidad pudo haberse dañado ‘leve o mínimamente’, por lo que le correspondería un monto indemnizatorio por daño moral ‘pequeño’; así, cabe recordar que la dignidad no tiene un cuerpo, color, forma o tamaño definido para poder evaluarla en esos parámetros de ‘agresión leve o mínima’, entendiendo que la dignidad es una presunción jurídica de primer valor y protección para el Estado y su ordenamiento jurídico, siendo reconocida a todos; por lo que el objetivo básico, sería solo

probar la comisión de los actos de hostilidad del artículo 30 de la LPCL, para determinar que inherentemente se ha lesionado la dignidad del trabajador”.

- La comisión de cualquiera de los actos de hostilidad, establecidos en el artículo 30 de la LPCL, lesiona la dignidad del trabajador, dado que dicha dignidad es presupuesto básico del respeto a su libertad, moral, respeto, honor, igualdad, credo, cultura y demás derechos y libertades que aseguren su integridad física, psíquica y espiritual.
- Las pretensiones de indemnización por daño moral sobrevenidas de la comisión de actos de hostilidad en contra del trabajador, no están reguladas en ningunas de las pretensiones establecidas en el artículo 35 de la LPCL; debiendo necesariamente incluirse en este mismo cuerpo normativo, mediante el establecimiento de algunas modificatorias, ello con la finalidad de poder otorgar una mayor protección a la dignidad del trabajador tanto en la LPCL como en la NLPT.
- La inclusión del “daño moral” y la “indemnización al daño moral en las dos pretensiones ante la comisión de los actos de hostilidad”, traería consigo que al interior de la administración de la empresa se tomen medidas preventivas a la comisión de los actos de hostilidad; así se vería un dinamismo en la implementación de reglamentos internos de trabajo más severos ante la comisión de dichos actos; como cursos de capacitación más frecuentes que busquen mitigar el desarrollo de las hostilidades; u como implementación de órganos administrativos internos de control de los mismos, etc., todas estas figuras las podría implementar la empresa a fin de evitar un déficit económico producto de posteriores demandas por indemnización de daño moral por la comisión de estos actos. Lo cual en el fondo ayudaría a bajar significativamente el índice de procesos con pretensiones de indemnizaciones por daño moral, y se afianzaría un clima más agradable en el sector laboral tanto para los trabajadores como los empleadores.
- La inclusión de la indemnización por daño moral en las dos pretensiones contempladas el artículo 35 de la LPCL y

sobrevenidas de la comisión de actos de hostilidad laboral; tienen el fin de renovar la protección de la dignidad del hombre en su condición de trabajador, la cual es una postura fundamental; puesto que por reminiscencia histórica, solo basta notar que en el esclavismo el hombre (esclavo), tenía una subordinación absoluta de su persona en favor de sus amos, (siendo consideradores) esto debido a que no contaba con “dignidad”; para luego con la adjudicación de la “dignidad” a este esclavo, él pasó a ser sirviente (con una subordinación menos total); luego con la atribución de más factores a la “dignidad” el sirviente paso a ser obrero, donde gracias a la lucha de clases industriales y sociales se le reconoció derechos laborales, fortificándose a su “dignidad” siendo desde entonces trabajador; así, se puede concluir y establecer como regla general que a lo largo de la historia toda mejora y reconocimiento de derechos a favor del empleado se debió al “estudio, reconocimiento y protección de su dignidad” por lo que en el presente y futuro, toda evolución en los derechos del trabajador se realizará inevitablemente gracias al “estudio, reconocimiento y protección de su dignidad”.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Análisis Laboral. (27 de Agosto de 2011). casuística laboral: Actos de Hostilidad. Recuperado el 2 de agosto de 2014, de AeLe: <<http://www.aele.com/sites/default/files/archivos/analab/11.08%20AL.pdf>>.

ÁVALOS JARA, O. (11 de febrero de 2011). ¿La indemnización por despido arbitrario cubre todos los daños generados con ocasión del cese? Recuperado el 30 de agosto de 2014, de Derecho del Trabajo y Seguridad Social: <<http://trabajo-seguridadsocial.blogspot.com/2011/02/la-indemnizacion-por-despido-arbitrario.html>>.

CAMPOS TORRES, S. “Situaciones que Constituyen Actos de Hostilidad”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 5.

DE LAMA LAURA, M. “La Hostilidad Remunerativa: Una Visión Crítica de su Tratamiento Legal y Jurisprudencial”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 14.

ERMIDA URIARTE, Ó. “Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y no Discriminación”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 53.

ESPINOZA ESCOBAR, J. “La facilitación Probatoria en Los Procesos de Actos de Hostilidad”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 13.

ETO CRUZ, G. “Derechos Fundamentales”. En: *El Tribunal Constitucional Reescribe el Derecho*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 62.

GONZALES RAMÍREZ, L. A. “Igualdad Remunerativa y no Discriminación”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 14.

JIMÉNEZ LLERENA, A. “¿Cabe Indemnizar el Daño Moral a Causa del Despido? Un Breve Estudio a Partir de la Jurisprudencia”. En: *Actualidad Jurídica*. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 159.

PÉLE, A. (1 de julio de 2006). Tesis Doctoral: Filosofía e Historia en el Fundamento de la Dignidad Humana. Recuperado el 2 de setiembre de 2014, de Universidad Carlos Tercero de Madrid: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/3052/Tesis_Pele.pdf?sequence=7>.

QUISPE MONTESINOS, C. (10 de setiembre de 2010). La Demanda de Indemnización por Daño Moral Ocasionado al Trabajador Bajo la Ley N° 26636. Recuperado el 30 de Agosto de 2014, de Laborperu: <<http://www.laborperu.com/demanda-laboral-por-dano-moral-ocasionado-al-trabajador.html>>.

RODRÍGUEZ GARCÍA, F. & QUISPE CHÁVEZ, G. “Actos de hostilidad”. En: F. Rodríguez García, & G. Quispe Chávez. *La extinción del contrato de trabajo, causales, requisitos y consecuencias*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 145.

S.A. “Empleador debe fundamentar traslado geográfico de sus trabajadores”. En: *La Ley*. Gaceta Jurídica, 2014, p. 62.

TOYAMA MIYAGUSUKU, J. & HIGA GARCÍA, A. “Las Demandas de Pago de indemnización Por Daños y Perjuicios Derivados de un Despido”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 16.

VIELMA MENDOZA, Y. (11 de Noviembre de 2006). Discusiones en Torno a la Reparación del Daño Moral. Visto el 30 de agosto de 2014, de Universidad de los Andes Venezuela: <<http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/19099/2/articulo8.pdf>>.

