

Laborem

Nº 20 / 2017

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

MISCELÁNEA:

- Ponencias del II encuentro peruano-chileno-uruguayo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (homaje al Prof. Mario Pasco Cosmópolis).
- Monografías ganadoras del concurso universitario del congreso nacional de la sociedad peruana de derecho del trabajo y de la seguridad social.

Laborem 20
PRIMERA EDICIÓN Marzo 2017 200 ejemplares
Prohibida su reproducción total o parcial DERECHOS RESERVADOS D. Leg. N° 822
HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ 2017-03962 LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED
DISEÑO DE CARÁTULA Y DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES Martha Hidalgo Rivero
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL RUC N° 20108098512 José del Llano Zapata N° 331 Ofc. 906 Miraflores - Lima 18

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

ÍNDICE

Presentación	
Adolfo Ciudad Reynaud - Presidente de la SPDTSS.....	9

II ENCUESTRO CHILENO-PERUANO-URUGUAYO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Mario Pasco Cosmópolis	
Juan Raso Delgue.....	15
La negociación colectiva en la Administración Pública de Chile	
Emilio Morgado Valenzuela.....	23

TEMA I: NUEVAS TENDENCIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Los sistemas de seguridad social en iberoamérica y sus principales retos	
Hugo Cifuentes Lillo.....	39
Nuevas tendencias de la seguridad social: trayectorias comparadas de los casos de Chile, Perú y Uruguay	
Álvaro Rodríguez Azcúe.....	55
Situación actual y nuevas tendencias de la seguridad social en el Perú	
Leopoldo Gamarra Vilchez / Álvaro Vidal Bermúdez.....	83
El seguro de desempleo	
Yenny Pinto Sarmiento	111

TEMA II: MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS

Medios de solución de conflictos colectivos	
Mario Garmendía Arigón.....	143
Medios de solución de los conflictos colectivos de trabajo	
Dr. Nelson Larrañaga Zeni.....	157

La mediación y el arbitraje como opción para la solución de conflictos colectivos	
Patricia Ramela	183
Los medios de solución de los conflictos colectivos de trabajo en el Perú	
Raúl G. Saco Barrios.....	191
Arbitraje Colectivo Laboral de tipo potestativo en el Perú: una definición a partir de pronunciamientos jurisdiccionales y administrativos	
Luis Mendoza Legoas	235

**MONOGRAFÍAS GANADORAS
DEL CONCURSO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN
JURÍDICA LABORAL
VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO
DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
26, 27 y 28 de octubre de 2016**

La negociación colectiva en tiempos de Uber: ¿Hacia la colectivización del trabajo autónomo?	
Francisco Herrera Rose.....	269
¿Igual salario por igual trabajo? Las decisiones judiciales sobre homologación de remuneraciones vistas desde el principio de igualdad	
Solanch Casia Estrella Revilla	283
Las excedencias laborales como una forma de mejora la conciliación entre el trabajo y la vida familiar del trabajador	
Samuel Paz Enríquez	295

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Consejo Directivo 2015-2017

Presidente	: Adolfo Ciudad Reynaud
Vice-Presidente	: Víctor Ferro Delgado
Secretaria	: Cecilia Guzmán-Barrón Leidinger
Pro-Secretario	: Luis Mendoza Legoas
Tesorerera	: Beatriz Alva Hart
Pro-Tesorerera	: María Katia García Landaburu
Secretario de Biblioteca y Publicaciones	: José Balta Varillas
Secretaria de Eventos y Reuniones Científicas	: Estela Ospina Salinas
Secretario de Relaciones Internacionales	: Leopoldo Gamarra Vélchez

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 Vélchez, Leopoldo
García Granara, Fernando	García Landaburu, María Katia
Gonzáles Hunt, César José	Gonzáles Nieves, Orlando
Guzmán-Barrón Leidinger, Cecilia	Herrera Gonzáles-Pratto, Isabel
Herrera Vásquez, Ricardo	Lengua Apolaya, César

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Marcenaro Freís, Ricardo Arturo	Matallana Ruiz, Roberto
Matos Zegarra, Mauricio	Mayorga Miranda, Víctor
Mejía Madrid, Renato	Mendoza Legoas, Luis
Morales Corrales, Pedro Gonzalo	Morales Gonzalez, Néstor
Morales Morante, Carlos Guillermo	Mortola Flores, Italo Román
Neves Mujica, Javier	Núñez Paz, Sandro
Ospina Salas, Estela	Pacheco Zerga, Luz
Paredes Palacios, Paúl	Pasco Cosmópolis, Mario Martín (†)
Pasco Lizárraga, Mario	Pilotto Carreño, Luigino
Pizarro Díaz, Mónica	Prelle Mayuri, Herbert
Puntriano Rosas, César Alfredo	Quiñones Infante, Sergio Arturo
Quispe Montesinos, Carlos Alberto	Ramírez-Gastón Ballón, José Luis Germán
Saco Barrios, Raúl Guillermo	Sanguinetti Raymond, Wilfredo
Servat Pereira de Sousa, Roberto Juan	Toyama Miyagusuku, Jorge Luis
Tsuboyama Shiohama, Liliana	Toledo Toribio, Omar
Ugaz Olivares, Mauro	Ulloa Millares, Daniel Augusto
Vidal Bermúdez, Álvaro	Vidal Salazar, Michael
Vílchez Garcés, Lidia	Vilela Espinosa, Anna
Villacorta Ramírez, Edmundo	Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo
Vinatea Recoba, Luis	Zavala Costa, Jaime
Zavaleta Cruzado, Roger Enrique	

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

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

PRESENTACIÓN

En la edición número 20 de la revista *Laborem*, tenemos el gusto de presentar una temática miscelánea, con trabajos preparados con ocasión de dos importantes eventos para el laboralismo peruano, ocurridos en el año 2016: las ponencias presentadas en las ***Jornadas Peruano- Chileno -Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*** (celebradas en Montevideo los días 29 y 30 de julio de 2016) y las monografías de investigación jurídica laboral que resultaron ganadoras en el ***VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*** (ocurrido en Lima los días 26, 27 y 28 de octubre de 2016).

Las Jornadas Peruano-Chileno-Uruguayas, encuentro tradicional de tres importantes escuelas de Derecho del Trabajo fueron organizadas en homenaje al desaparecido profesor peruano Mario Pasco Cosmópolis, quien como se recuerda, fue partícipe, junto con otros laboralistas de su generación, en la cimentación de un fructuoso intercambio académico entre diversas escuelas del laboralismo hispanoamericano. El profesor uruguayo Juan Raso Delgue nos presenta una semblanza del profesor Pasco Cosmópolis, incluyendo algunos de sus más importantes aportes en el pensamiento jurídico laboral latinoamericano.

En este número de la revista *Laborem* se incluye el trabajo presentado por el profesor Emilio Morgado Valenzuela titulado: “La negociación colectiva en la Administración Pública de Chile”, el mismo que formó parte de la mesa redonda que tuvo lugar dentro de las jornadas trinacionales.

El primer eje temático de las Jornadas fue el de “Nuevas tendencias de la Seguridad Social”. Dentro de ese marco, el ensayo “Los Sistemas de Seguridad Social en Iberoamérica y sus principales retos”, presentado por Hugo Cifuentes Lillo, plantea una visión general de los sistemas de pensiones, que atiende a las décadas más recientes y que busca destacar su centralidad dentro de la idea de Estado democrático y social de derecho.

Dentro del mismo eje, el profesor uruguayo Álvaro Rodríguez presentó el estudio “Trayectorias comparadas de los casos de Chile, Perú y Uruguay”, donde propone una entrada desde la seguridad social internacional a fin de evaluar las reformas de los sistemas de pensiones en los mencionados países y su devenir actual.

Por su parte, Leopoldo Gamarra Vélchez y Álvaro Vidal Bermúdez presentaron el ensayo titulado “Situación actual y nuevas tendencias de la seguridad social en el Perú”, donde los coautores analizan el estado de la cuestión y plantean un enfoque crítico de los sistemas de salud y pensiones existentes, planteando la necesidad de una reforma integral. Asimismo, los autores prestan atención a la reciente flexibilización de la norma peruana sobre seguridad y salud en el trabajo.

Desde Chile, el ensayo “El Seguro de Desempleo”, de la profesora Yenny Pinto Sarmiento, expone los alcances de la regulación que en ese país existe sobre las características, cobertura y situaciones especiales de activación de dicho mecanismo de protección social.

El segundo tema del encuentro trinacional fue el de los “Medios de solución de conflictos colectivos”. Mario Garmendia Arigón presentó el primer trabajo dentro de este eje con el título: “Medios de solución de conflictos colectivos”, donde presenta un panorama general de la solución de conflictos de trabajo y las visiones contrapuestas de los profesores uruguayos A. Plá y HH. Barbagelata sobre su eventual judicialización. El tema también es motivo de la reflexión de Nelson Larrañaga Zeni, autor del ensayo “Medios de solución de los conflictos colectivos de trabajo”, que pasa revista por los diversos mecanismos (autónomos y heterónomos), ofreciendo una perspectiva teórica y aplicada a la legislación de su país.

Especial atención merecen dos de estos mecanismos para Patricia Ramela, que en su estudio “La mediación y el arbitraje como opción para la solución de conflictos colectivos” ofrece un análisis sobre las ventajas, funcionamiento y principios que rigen a ambas formas de conclusión de controversias.

Por su parte, Raúl G. Saco Barrios presentó el estudio “Los medios de solución de los conflictos colectivos de trabajo en el Perú”, donde presenta una entrada a este tema desde la perspectiva de la legislación peruana y profundiza en la solución de aquellos de contenido económico y los de contenido

jurídico. Dentro de los últimos, el autor señala casos paradigmáticos resueltos por el propio Tribunal Constitucional.

Dentro del mismo rubro temático, se presentó el ensayo “Arbitraje colectivo laboral de tipo potestativo en el Perú: una definición a partir de pronunciamientos jurisdiccionales y administrativos”, donde Luis Mendoza Leguas propone, con una nutrida fuente de precedentes emitidos por la jurisprudencia constitucional y laboral peruana y pronunciamientos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, una definición para esta forma unilateral de arbitraje.

El profesor chileno Rodrigo Palomo Vélez presentó el ensayo “La solución de conflictos colectivos en Chile. Entre la judicialización y los mecanismos alternativos” donde propone una visión crítica del panorama sindical chileno y de las normas dadas en ese país en materia de Derecho Colectivo Laboral, que sostiene podrían generar un alza en la conflictividad.

Eduardo Goldstein, por su parte, en “La jurisdicción del Poder Judicial para resolver conflictos colectivos de Derecho del Trabajo de la República Oriental del Uruguay”, nos plantea la discusión doctrinal que existe en aquel país tras la entrada en vigencia de una norma que asigna competencia a la justicia laboral para la rescisión de convenios colectivos de trabajo.

En el último segmento de este número especial de la revista *Laborem*, encontramos los tres trabajos ganadores del concurso universitario organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social con ocasión de la celebración del Congreso Nacional de 2016. Cada uno de ellos corresponde a uno de los temas centrales que se discutieron en aquel foro.

De esa manera, dentro del tema referido a los nuevos espacios y contenidos de la negociación colectiva encontramos el trabajo de Francisco Herrera Rose, estudiante de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que presentó el trabajo titulado: “La negociación colectiva en tiempos de Uber: ¿Hacia la colectivización del trabajo autónomo?”.

El segundo tema central del Congreso tuvo como eje a la interpretación de los jueces al resolver conflictos laborales y sus límites. Dentro de este tema, la estudiante Solanch Casia Estrella Revilla, de la Universidad Nacional Federico Villarreal, presentó el ensayo titulado: “¿Igual salario por igual trabajo?

Las decisiones judiciales sobre homologación de remuneraciones vistas desde el principio de igualdad”.

Finalmente, el alumno Samuel Paz Enríquez, estudiante de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con el trabajo titulado “Las excedencias laborales como una forma de mejora de la conciliación entre el trabajo y la vida familiar del trabajador” nos propone una interesante mirada dentro del tema central de las modificaciones de trabajo por iniciativa del empleador.

Es nuestro deseo que el lector encuentre en este número 20 de la revista *Laborem* una mirada variada y multinacional a diversos temas que en la coyuntura regional y nacional han merecido el interés de la doctrina.

Miraflores, febrero de 2017.

Adolfo Ciudad Reynaud

Presidente de la SPDTSS

Luis Mendoza Legoas

Directivo de la SPDTSS al
cuidado de la edición

II ENCUENTRO
CHILENO-PERUANO-URUGUAYO
DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Homenaje al Prof. Mario Pasco Cosmópolis

29 y 30 de julio de 2016

Montevideo

MARIO PASCO COSMÓPOLIS
(Juan Raso Delgue)

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE CHILE
(Emilio Morgado Valenzuela)

MARIO PASCO COSMÓPOLIS

Juan Raso Delgue

Han transcurrido dos años de la desaparición física del distinguido juslabo-ralista y querido amigo Mario Pasco Cosmópolis. La ausencia de sus palabras y la falta de su permanente sonrisa siguen golpeándonos con fuerza y marcando un presente en el cual nos vamos reacomodando con dificultad. Acabo de volver de una Congreso celebrado en Santo Domingo por la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo, de la que él fue presidente. Su ausencia ha cobrado la misma fuerza que el despliegue de su energía y su inteligencia que siempre apostaron al desarrollo del Derecho del trabajo en el continente y en el mundo. No nos acostumbramos a tanto silencio.

La primera reflexión que surge al recordarlo, nos señala el invalorable aporte teórico de Mario Pasco al Derecho del Trabajo y en especial al Derecho del Trabajo iberoamericano: su pensamiento, sus reflexiones, su análisis preciso sobre las relaciones laborales constituyen parte valiosa de la más vasta teoría del Derecho del Trabajo, entendiendo por “teoría” el conjunto de fundamentos que definen el marco conceptual de nuestra disciplina.

Su empeño y sus conocimientos lograron desde los años adolescentes superar las escasas posibilidades que le brindaba su lugar de nacimiento. En efecto, nació en la “provincia”, más precisamente en Puerto Eten, en la provincia de Chinlayo (una zona costera al norte del Perú) el 8 de enero de 1940. Sus padres eran griego y croata. Realizó sus estudios primarios y secundarios en su ciudad natal para trasladarse luego a Lima donde cursaría la carrera de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en cuya Escuela de Post grado continuó estudios superiores.

Fue un “hombre de derecho”, cumpliendo esa condición magistralmente indicada por Russomano: “Todo hombre de derecho debe ser un luchador áspero, duro, de ser necesario agresivo, en busca de la justicia, reconociendo que la Justicia pasa por encima de las leyes y que hace tiempo dejó de ser el arte de dar a cada uno lo suyo, para transformarse en Justicia Social, es decir dar a cada uno lo que cada uno necesita para vivir honesta y dignamente”.

Debe destacarse además su estrecha vinculación personal y académica con los exponentes de la doctrina uruguaya de Derecho del Trabajo. Fue amigo personal de Américo Plá Rodríguez y Hector Hugo Barbagelata. Además, construyó una estrecha amistad con Oscar Ermida Uriarte en los años que nuestro inolvidable amigo recaló en la OIT de Lima. Esos vínculos trascendieron el plano de las amistades personales y permitieron que a través de los trabajos de Mario Pasco y de los referentes de nuestro laboralismo, se construyera una sólida doctrina centrada en la idea del reconocimiento de la razón de ser del Derecho del Trabajo en la desigualdad de las partes contratantes.

Así él lo expresaba magistralmente ya hace algunos años en la revista uruguaya *Derecho Laboral*: “Las partes de la relación laboral son jurídicamente desiguales: al empleador le son conferidas facultades normativas, directivas y sancionadoras, cuyo correlato en el trabajador es el deber de cumplimiento, obediencia y disciplina. Aunque iguales civilmente, son sensiblemente desiguales en lo jurídico por su diversa posición funcional, fruto de una necesidad social cual es la de organizar la producción, lo que requiere de una relación verticalizada. En lo económico, el patrono detenta los medios de producción; el obrero solo tiene su fuerza de trabajo y, a través de ella, su salario”.

Fue también un hombre de teatro. Como nuestro Prof. Emérito Héctor-Hugo Barbagelata, desde joven tuvo inquietudes culturales que los llevaron a actuar también en el área teatral, habiendo sido fundador del grupo teatral de su Universidad. Esa experiencia seguramente contribuyó a que se convirtiera en uno de los mejores oradores del mundo laboral latinoamericano. Rafael Alburquerque al recordarlo expresa: “Actor en su juventud, nunca lo abandonaron los dotes histriónicas que le ayudaban a cautivar a su público, cuando le deleitaba con una de sus conferencias magistrales”.

Volviendo a su carrera universitaria, su tesis de laurea marcó enseguida un fuerte interés y preocupación por la justicia y la igualdad entre los trabajadores. El título de la tesis es por demás clarificador: “La igualdad jurídica de los trabajadores: desaparición de la distinción entre obreros y empleados”. Con ese trabajo aprobado el 4 de setiembre de 1965 obtendría el título de abogado el 11 de octubre del mismo año.

En lo personal, aunque había ya coincidido con él en eventos en Lima, Buenos Aires y Montevideo, construí una sólida amistad a partir del año 1988 en oportunidad de encontrarnos en el primer “Corso di formazione per esperti latino-americani”, organizado en Bologna en 1988. No fue cualquier evento; fue el comienzo de una serie de seminarios, que aún hoy se sigue dictando (no ya en Bologna sino en la Universidad de Castilla La Mancha) que formarían la mayoría de los actuales juslaboralistas latinoamericanos. En ese encuentro construí profundas amistades con Mario y otros prestigiosos laboralistas latinoamericanos de la hora presente como Graciela Bensusán de México, Oscar Hernández de Venezuela, Carlos Tomada, Noemí Rial y Susana Corradetti de Argentina, Esther Feres de Chile, y los queridos profesores italianos Umberto Romagnoli, Mario Grandi y Marco Biagi.

En estas palabras de homenaje deseo acudir a algunas aristas de su pensamiento jurídico.

I. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

Como adelanté, Mario Pasco tuvo vínculos estrechos con la Escuela Uruguaya del Derecho del Trabajo. Sus frecuentes reuniones internacionales con Américo Plá Rodríguez y Hector Hugo Barbagelata, y su común experiencia docente con Oscar Ermida Uriarte en la Universidad Católica de Perú reforzaron esos vínculos.

En especial quedó siempre fascinado por la obra de Plá Rodríguez *Los principios del Derecho del Trabajo*, al punto que promovió un libro colectivo en Perú en homenaje a Don Américo, titulado *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano*. El artículo introductorio –firmado precisamente por Pasco– tiene un título contundente: “Reafirmación de los principios del derecho del Trabajo”.

En ese texto afirma: “Los principios del Derecho Laboral deben ser reafirmados en dos niveles o desde dos perspectivas: por un lado, ratificando su validez, la imperiosa necesidad de su existencia; por otra, logrando su eficacia práctica, a través de su vigencia en la vida jurídica y en la realidad. Si al Derecho Laboral lo privamos de sus principios, dejaría de existir. Si no tuviera como núcleo duro axiológico y como meta teleológica proteger al trabajador, como una forma de compensar las desigualdades intrínsecas de la relación laboral, no justificaría su propia existencia como disciplina jurídica autónoma”.

II. EL SALARIO COMO ELEMENTO CENTRAL DE CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO

Para Pasco el salario es elemento esencial de la relación de trabajo. Acota acertadamente que “el trabajo es, por definición y por sustancia, trabajo remunerado, y es en esta dimensión que constituye la materia del derecho laboral”. Recuerda que “el salario es la fuente básica de recursos del trabajador, generalmente la única; es de su suficiencia y de su percepción oportuna y completa que depende la subsistencia de aquel y de su familia, dentro de su dimensión social unánimemente calificada de alimentaria”.

Los otros aspectos del contrato –jornada, descansos, obligaciones de las partes, etc.– giran en definitiva en torno a la centralidad del salario, por este representa un tema capital no solo para el análisis jurídico y su conceptualización teórica, sino porque es imprescindible protegerlo de manera especial, atribuyéndole garantías en cuanto al nivel o monto, a su integridad, su intangibilidad, su incedibilidad o inembargabilidad, y sus privilegios.

III. DERECHO COLECTIVO

En materia de derecho colectivo estudió y promovió en especial la idea de la juridicidad de la huelga. “La huelga –nos dice– constituye un caso de excepción a la vocación pacífica del derecho, porque es una medida de acción directa que comporta el ánimo de causar un daño al rival, forzándolo a aceptar o al menos a aproximarse a las pretensiones del grupo reclamante. El derecho clásico solo admitía dos excepciones a la inflexible regla que reprime el uso de la violencia privada: la legítima defensa y el estado de necesidad. La huelga como ejercicio regular de un derecho viene históricamente a colocarse como una tercera excepción”.

Para justificar esta “excepcionalidad” jurídica, aclara que la huelga es un derecho instrumental: no busca el daño por si mismo, sino como un medio para obtener un resultado. “No es finalidad de la huelga hacer daño –expresa–; el daño es instrumento para el logro de una finalidad. Y su justificación ética es la pérdida del salario: por lo cual la huelga es también autolesión. Y en tanto que conflicto es a la vez un conflicto y el medio para solucionarlo”.

IV. PROCESO LABORAL

Mario Pasco fue uno de los más importantes laboral-procesalistas del continente. Su obra *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo* de 1997 constituye una referencia obligada para el Derecho laboral-procesal iberoamericano.

Pasco en ese trabajo hace referencia a las “nuevas manifestaciones” que adquiere el desequilibrio del contrato de trabajo, cuando la posición preeminente del empleador frente al trabajador, propia de la relación laboral, se traslada a la relación jurídico-procesal. Existe en el proceso laboral una “múltiple desigualdad jurídica, económica y probatoria” que hacen de uno de los contendientes –el empleador– la parte fuerte y del otro –el trabajador– la débil: “la corrección procesal de esta situación –concluye el autor–, esto es, la protección del débil, puede denominarse también principio de disparidad social (Trueba Urbina) o correctivo de la desigualdad social (Nicolliello) o de desigualación compensatoria, en tanto que procura eliminar o, al menos, atenuar o disminuir el desequilibrio, creando nuevas desigualdades de signo inverso”.

Pasco se refiere con toda justeza a los criterios o principios de la oralidad, concentración, intermediación y celeridad, que derivan e integran el principio protector: Ellos –afirma enfáticamente– son “efectos” derivados precisamente del principio protector. Refiriéndose a los principios del proceso laboral, el autor concluye: “Este conjunto de atributos íntimamente ligado entre sí y virtualmente inseparables, debe conducir a un proceso ideal en el que el máximo de actos pueda ser cumplido en un mínimos de diligencias presididas personalmente por el juez y ejecutadas en forma prevalentemente oral, en aras de lograr una resolución no solo justa y equilibrada, sino pronta, habida cuenta de la naturaleza alimenticia de los derechos patrimoniales del trabajador y la urgencia social que unánimemente se les reconoce”.

V. SEGURIDAD SOCIAL

En materia de Seguridad Social, le preocupó especialmente la cuestión de desocupación y las políticas de empleo. En el año 2003 fue Ponente Oficial en el XV Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Montevideo, setiembre 2003), precisamente en la mesa relativa a la “Protección social de los desempleados”. En dicha oportunidad expresaría: “El desempleo golpea de manera diversa a los países desarrollados y a los países en vía de desarrollo. Ello obliga a que las estrategias para enfrentarlo, no obstante compartir los instrumentos básicos, tengan que ser distintas. La mayor diferencia está motiva por

la amplitud de la economía no estructurada y su asiduo acompañante: el subempleo, que es una forma de desempleo oculto o encubierto. En los países de desarrollo insuficiente, por ende, la tarea capital es lograr la incorporación de la economía informal dentro de la economía informal, con el correlativo tránsito del subempleo hacia el empleo decente”.

En marzo 2007 recibiría el Grado de Magister en Derecho, precisamente con la presentación de la tesis *Promoción del Empleo y Protección Contra el Desempleo*.

También fue un decidido defensor de una Seguridad Social basada en la solidaridad: dirá que es precisamente la solidaridad lo que separa la Seguridad Social de los sistemas privados, basados en el individualismo. El título de su aporte al trabajo colectivo “las reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica” de Madrid 1998 (OISS) es significativo: “¿Son los sistemas privados de pensiones formas de Seguridad Social?”.

Anécdota:

Efervescencia del Derecho del Trabajo

En particular importa su idea que el Derecho del Trabajo es un Derecho siempre en efervescencia. Una de sus expresiones lo aclara todo: el sentido de ser del Derecho del Trabajo se expresa en su expansión y no en el sometimiento a las otras ramas del derecho.

Lo académico y lo humano

Mario Pasco fue un referente de especial magnitud en el Derecho del Trabajo latinoamericano, ocupando los más prestigiosos cargos y obteniendo reconocimiento en los diversos países del continente

Fue miembro de número de la Academia Peruana del Derecho del Trabajo y de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, alcanzando la presidencia en ambas instituciones. Fue conferencista en decenas de congresos y seminarios.

En la vida pública llegó a ocupar los cargos de Vice Ministro de Justicia y Ministro del Trabajo de Perú. Fue Consultor externo de la Organización Internacional de Trabajo, del Banco Interamericano de Desarrollo y del Banco Mundial.

Casado con Úrsula Lizarraga, de su matrimonio nacieron dos hijos: Mario (también abogado) e Iván.

Quiero concluir con una breve referencia a la dimensión humana del destacado laboralista, que pude conocer en la informalidad de los encuentros amistosos y aplaudir en las muchas de sus conferencias.

Fue un analista atento ante cualquier problema que se le presentaba o cualquier nueva realidad del mundo del trabajo. Alternaba en sus expresiones un tono persuasivo detrás del cual muchas veces se escondía la crítica mordaz.

Pero también un hombre impetuoso. “Algunos amigos míos dicen –escribió una vez en *El Comercio* de Lima– que uno de mis peores defectos es que me falta un poco de locura. Quizás tengan razón. Pero es que no me han visto nunca en un estadio. El autor de estas líneas durante un partido, es un tifoso más; el circunspecto abogado, un simple torcedor; el profesor universitario, un verdadero *hooligan*.

Oscar Hernández Álvarez lo calificó como “extraordinario compañero en mil y una aventura del Derecho Laboral, era un amigo sólido, inquieto ante las transformaciones del trabajo, que sabía plantear con la simpatía contagiante de sus conferencias”.

Fue para mí un buen amigo y –por sobre todas las cosas– un hombre apasionante y apasionado, que supo vivir con entusiasmo e intención la vida y contagiar esa vitalidad a los demás.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE CHILE

Emilio Morgado Valenzuela⁽¹⁾

I. PRECISIONES PRELIMINARES

No obstante que en el año 2000 Chile ratificó el Convenio N° 151 de la OIT, de 1978, aún no existen en Chile normas legales específicas que desarrollen lo establecido en el artículo 7 de ese Convenio respecto de la “negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.”

Sin embargo, en la práctica han existido y actualmente existen ciertas modalidades de participación de esos trabajadores en la determinación de sus remuneraciones y condiciones de trabajo.

Este análisis comprende, primero, una muy sintética evocación de la evolución de la negociación en la Administración Pública chilena: (i) antes del golpe militar de septiembre de 1973; (ii) durante los 17 años de la dictadura de Pinochet;

(1) Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Asesor internacional y nacional. Miembro de los Grupos Arbitrales establecidos en los Capítulos Laborales de los Tratados de Libre Comercio de Estados Unidos con Chile y de Estados Unidos con República Dominicana y los Países Centroamericanos. Doctor Honoris Causa de la Université de Bordeaux. Presidente de Honor y Ex Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex Vicepresidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex Miembro del Consejo Ejecutivo de la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo-actualmente ILERA. Presidente de la Asociación Chilena de Relaciones de Trabajo. Presidente Honorario y Ex Presidente de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex Director Regional Adjunto de la Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe.

y, (iii) en los 26 años transcurridos desde nuestro retorno a la democracia. Luego resumo la legislación actualmente vigente en Chile y, finalmente evoco algunas de las principales disyuntivas existentes acerca de los contornos legales que deberían establecerse respecto de la negociación colectiva en nuestra Administración Pública.

II. EVOLUCIÓN

1. Antes de la dictadura

A. Hasta los años 40 del siglo XX. Relación administrativa

En Chile, el Estado y la Administración Pública nacen y se desarrollan antes del surgimiento de la legislación especializada del trabajo. Regía en plenitud el Derecho Administrativo en el que las relaciones con los funcionarios públicos son gobernadas por normas estatutarias unilateralmente adoptadas y aplicadas por las autoridades gubernamentales. El ingreso a la administración del Estado, la contratación, las condiciones de trabajo, las remuneraciones y beneficios no remuneracionales, la terminación de la relación administrativa y las condiciones post-trabajo eran parte de las mencionadas normas estatutarias.

B. Hasta el 11 de septiembre de 1973

a. Tránsito hacia una relación de trabajo público fronteriza y paralela con la relación de trabajo privado

Los cambios sociales y políticos habidos a partir del Gobierno del Frente Popular instalado en 1938; la existencia del Código del Trabajo de 1931, en el que se recopiló y complementó la legislación inicial de 1924, y el paulatino desarrollo de relaciones participativas informales entre las centrales sindicales (la CTCH y luego la CUT) y el Gobierno, generaron una lenta pero clara modificación de la naturaleza solo administrativista del empleo público, lo que condujo al sostenido surgimiento de una vinculación cada vez más simétrica entre el trabajo en la Administración Pública y el realizado en el sector privado. En cierta medida, el Estatuto Administrativo cumplía, de hecho, la función de un Código del Trabajo en la función pública.

De otra parte, las políticas públicas tendientes a mejorar la situación de la llamada “clase media”, a las que más tarde se sumaron las

políticas de “promoción popular” y participación de “las fuerzas populares”, tuvieron como correlato laboral unos mayores niveles de equilibrio entre los interlocutores de la negociación colectiva, y una incipiente mayor presencia de la autonomía colectiva como coadyuvante de la función legislativa.

b. Desde la condición de funcionario a la de trabajador

En los comienzos republicanos, trabajar en la Administración Pública permitía acceder a ciertos beneficios inexistentes en el sector privado, por ejemplo: (i) un cierto nivel de seguridad en el empleo; (ii) un mejor nivel de remuneraciones; (iii) un determinado nivel de previsión social; y (iv) una fuerte expectativa de ascensos y promociones debido a la existencia de escalafones internos. Como se entendía que “funcionario público” era el encargado del funcionamiento del Estado, tal condición le aseguraba un cierto “status” social, retratado –por ejemplo– en la clásica novela Martín Rivas, de Alberto Blest Gana.

El crecimiento de los ámbitos de la acción de la Administración Pública y del número de sus funcionarios, así como el progresivo mejoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores del sector privado y, de otra parte, la creciente focalización de las políticas públicas en la reducción del tamaño y funciones del Estado y la disminución del gasto público, debilitaron las garantías preexistentes en el empleo público. A ello se agregó el surgimiento de demandas y estrategias coincidentes con las de los trabajadores del sector privado, en forma tal que los que trabajan en la Administración Pública y sus organizaciones han integrado e integran la CUT. Sus máximos líderes han sido y son conductores destacados del sindicalismo chileno.

2. Los 17 años de la dictadura

La demolición de las relaciones colectivas de trabajo y de la legislación y las prácticas nacionales se produjo, primero, mediante bandos de guerra que disolvieron y declararon fuera de la ley a centrales sindicales y sindicatos de base; que afectaron a dirigentes sindicalistas y a trabajadores sindicalizados, destituyéndolos de sus cargos y empleos, aprisionándolos, relegándolos, exiliándolos, asesinando o desapareciéndolos. Los sindicatos perdieron su libertad de funcionamiento y fueron intervenidos por las autoridades militares y civiles. De hecho,

la legislación protectora fue dejada sin efecto. Luego, dicha desregulación fáctica fue acompañada por nuevas normas desreguladoras denominadas “decretos-leyes” (más tarde, llamadas “leyes”) adoptados por la Junta Militar; en ella se radió la función legislativa, una vez disuelto el Congreso al comenzar la Dictadura. Los partidos políticos fueron disueltos, prohibidos o limitados en sus funciones.

En esas condiciones, y en un entorno generalizado de falta de libertades y de terror, no hubo libertad sindical y, consiguientemente, cesó la negociación colectiva libre y desaparecieron las huelgas.

La nueva trama normativa adoptada en el marco ya descrito, dejó sin efecto los avances logrados para la existencia de negociación colectiva en la Administración Pública. Cuando ya finalizaba, el Gobierno militar adoptó un nuevo Estatuto Administrativo (Ley N° 18.834, 1989).

3. Desde marzo de 1990 hasta hoy

A. Legislación adoptada

Aunque en el período inmediatamente posterior al plebiscito de octubre de 1988 y a la elección presidencial de 1989, se consideró la posibilidad de derogar la legislación laboral adoptada durante la dictadura (teniendo presente proposiciones para declararla “insanablemente nula”), mayoritariamente se optó por “regular la protección”, esto es, someter la legislación heredada a un proceso de reformas que restablecieran las finalidades protectoras del Derecho del Trabajo, pero sin revivir la legislación que estaba vigente cuando ocurrió el golpe militar. En otros términos, se optó por establecer nuevas normas reguladoras de la protección que tuvieran en cuenta los cambios habidos en el sistema político, económico y social, así como en las modalidades y organización del trabajo y de la producción, todo ello en un mundo que decidida y aceleradamente se globalizaba.

Dentro de ese esquema programático, desde el inicio de la restauración democrática se ha aprobado y puesto en vigor la siguiente legislación: (i) Ley N° 19.049, de 1991, sobre las centrales sindicales; y (ii) Ley N° 19.296, de 1994, sobre las organizaciones de trabajadores de la administración del Estado, modificada por la Ley N° 19.475, de 1996.

Además, desde 1990 hasta la fecha, anualmente se han adoptado leyes reajustando las remuneraciones y revisando subsidios, bonificaciones y otros beneficios de los trabajadores del Estado. En el período pre-legislativo del proceso de adopción de esas leyes, los representantes de las asociaciones centrales de trabajadores del Estado han participado en los procedimientos informales de determinación de los contenidos remuneracionales y de condiciones de trabajo y de vida,

que el Ejecutivo podía proponer al Poder Legislativo por el Poder Ejecutivo. Durante la tramitación del correspondiente proyecto de Ley en el Congreso de la Nación, existe también una informal participación de los representantes de los trabajadores públicos, principalmente mediante sus comparecencias en las respectivas comisiones especializadas de la Cámara de Diputados y del Senado.

Particular importancia reviste la ratificación –en el año 2000– del Convenio N° 151 de la OIT, sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública (1978), y –en 1999– de los Convenios N°s. 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948), y 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949).

B. Legislación vigente

Normas constitucionales

En la Constitución Política de la República de Chile se establece que ella asegura a los trabajadores: (i) el derecho de sindicarse voluntariamente en los casos y forma que señale la Ley; y (ii) la negociación colectiva con la empresa en que laboren salvo en los casos en que la Ley expresamente no permita negociar. A la vez expresa que mediante Ley se establecerán “las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica”. También asigna a la Ley el señalamiento de los casos en que “la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella”⁽²⁾.

A la vez, en el texto constitucional se dispone que no podrán declararse en huelga: (i) los funcionarios de Estado y de las Municipalidades; y (ii) las personas “que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional”⁽³⁾.

Normas legales

a) Código del Trabajo

La negociación colectiva está minuciosamente regulada en el Código del Trabajo. En el inciso segundo del artículo 1 del Código

(2) Constitución Política de la República de Chile: artículo 19 N° 16, inciso cuarto.

(3) Id. ant. , inciso quinto.

del Trabajo se dispone que sus normas reguladoras de las relaciones laborales entre los empleadores y trabajadores “no se aplicarán a los funcionarios de la Administración del Estado centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellos en que este tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por Ley a un estatuto especial”. No obstante esa exclusión tan tajante, en norma mencionada se establece que, sin embargo, los trabajadores se sujetarán a las normas del Código “en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos”.

Adicionalmente, en el artículo 304 del Código del Trabajo se establece que no existirá negociación colectiva “en las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Supremo Gobierno a través de este Ministerio y en aquellas en que leyes especiales la prohíban.” Tampoco se reconoce la existencia de negociación colectiva “en las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiados en más de 50 % por el Estado, directamente o a través de derechos e impuestos.”⁽⁴⁾

b) Estatuto Administrativo

El Estatuto Administrativo heredado del Gobierno militar y contenido en la Ley N° 18.834, ha sido objeto de reformas y su texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 29, del 16 de junio de 2004.

Dicho Estatuto regula las relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, con las excepciones legalmente señaladas.

Tal regulación comprende las siguientes materias: (i) disposiciones

(4) Esas prohibiciones no se aplican respecto de los establecimientos educacionales particulares subvencionados ni a los establecimientos educacionales técnico-profesionales que se mencionan en el citado artículo 304.

generales; (ii) la carrera funcionaria: ingreso, empleo a prueba, capacitación, calificaciones, promociones; (iii) obligaciones funcionarias: normas generales, jornada de trabajo, destinaciones y comisiones de servicio y cometidos funcionarios, subrogación, prohibiciones, incompatibilidades, y (iv) derechos funcionarios. En lo que concierne a las prohibiciones, en el literal f) del artículo 84 de Estatuto se establecen las siguientes: (i) organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito del Estado; (ii) dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades totales o parciales; (iii) dirigir, promover o participar en la retención indebida de personas o bienes; o (iv) dirigir, promover o participar en otros actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de administración del Estado.

De conformidad con lo establecido en el artículo 125 del Estatuto, el incurrir en una o más de las prohibiciones recién mencionadas constituye una causal de destitución, poniéndose así término a los servicios del funcionario.

c) **Ley de Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado.**

La Ley N° 19.296, sobre asociaciones de funcionarios de la administración del Estado (1994), regula los siguientes aspectos referidos a las asociaciones de funcionarios: constitución, estatutos, directorio, asambleas, patrimonio, federaciones y confederaciones o agrupaciones, disolución, fiscalización y sanciones. En forma especial establece disposiciones particulares respecto de las asociaciones de funcionarios de los servicios de salud. Sus regulaciones son similares a las existentes en el Código del Trabajo para la sindicación en el sector privado, excepto en referido a la denominación de las organizaciones de primer grado: “sindicatos” (sector privado) y “asociaciones” (sector estatal) y a la enumeración no taxativa de sus funciones.

Las normas de esta Ley no se aplican: (i) a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública; (ii) a los funcionarios de las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Gobierno a través de este; ni (iii) a los trabajadores de las empresas del Estado que legalmente puedan constituir sindicatos.

Las asociaciones pueden ser de carácter nacional, regional, provincial o comunal según fuere la estructura del servicio, repartición, institución o ministerio en que se constituyan. Las asociaciones pueden constituir federaciones y confederaciones –que pueden denominarse agrupaciones o centrales– y afiliarse y desafiliarse de ellas. Todas las asociaciones de funcionarios pueden constituir organizaciones internacionales de trabajadores y afiliarse o desafiliarse de ellas.

Entre las principales funciones que la Ley asigna a las asociaciones se encuentran las siguientes:

- Promover el mejoramiento económico de sus afiliados y de las condiciones de vida y de trabajo de los mismos, en el marco que esta normativa permite (art. 7-a).
- Recabar información sobre la acción del servicio público correspondiente y de los planes, programas y resoluciones relativos a sus funcionarios (art. 7-c).
- Hacer presente, ante las autoridades competentes, cualquier incumplimiento de las normas del Estatuto Administrativo, y demás que establezcan derechos y obligaciones de los funcionarios (art. 7-d).
- Dar a conocer a la autoridad sus criterios sobre políticas y resoluciones relativas al personal, a la carrera funcionaria, a la capacitación y a materias de interés general para la asociación (art 7-e).
- Representar a los funcionarios en los organismos y entidades en los que la Ley les conceda participación. Asimismo podrán asumir la representación de los asociados para deducir ante la Contraloría General de la República, el recurso de reclamación establecido en el respectivo Estatuto Administrativo (art.-7-f).
- En general, realizar todas aquellas actividades contempladas en los estatutos y que no estén prohibidas en la Ley.

Normas internacionales del trabajo ratificadas

Como ya he señalado, Chile ha ratificado, entre otros, los Convenios de la OIT números 87, 98 y 151.

En el último de los Convenios mencionados se dispone que “de ser necesario deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera de otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones”.

A la vez, en dicho Convenio se establece que en la solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo “se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados”⁽⁵⁾.

III. SITUACIÓN ACTUAL Y PRINCIPALES DISYUNTIVAS

1. La situación actual de las relaciones colectivas de trabajo en la Administración Pública

Al amparo de la Ley N° 19.296 existen asociaciones de funcionarios en todos los órganos centralizados y descentralizados del Estado, que afilian a la gran mayoría de sus funcionarias y funcionarios. Esas asociaciones están agrupadas en federaciones y confederaciones regionales y nacionales, con las cuales se efectúan las consultas y negociaciones informales con el Poder Ejecutivo, generalmente representado por el Ministro de Hacienda ⁽⁶⁾.

No existe un procedimiento formalmente establecido para el desarrollo de esas modalidades, por lo que los precedentes acumulados suelen ser evocados como guías orientadoras en cada ejercicio anual. Generalmente los resultados alcanzados se incorporan en textos que dan cuenta de ellos y que además contienen especificaciones acerca de las vías y plazos para materializarlos.

Si esos acuerdos no requieren de la aprobación de una Ley, en el “protocolo” se indica el procedimiento mediante el cual se materializará lo convenido y la fecha correspondiente. Si se requiera la aprobación de una Ley —que es lo que normalmente ocurre— se deja constancia de los elementos básicos que ella contendría

(5) Artículo 8, Parte V (Solución de conflictos) del Convenio N° 151.

(6) En numerosos casos, existen afiliaciones a más de una federación o confederación.

generalmente el o los porcentajes de aumento salarial o la naturaleza y contenidos de los beneficios no remuneracionales acordados.

Por mandato constitucional, solo en el Poder Ejecutivo radica la facultad de iniciar proyectos de Ley que comprometan al erario público, correspondiendo al Congreso formular indicaciones al proyecto y proposiciones para perfeccionarlo. En tal caso, las asociaciones involucradas desarrollan estrategias destinadas a que los miembros del Congreso atiendan total o parcialmente sus peticiones. Esas estrategias adquieren especial importancia cuando el proyecto de Ley enviado por el Ejecutivo al Congreso no ha sido precedido por un acuerdo alcanzado con las asociaciones.

La participación de los trabajadores públicos en la determinación de sus condiciones de trabajo no se agota en los ejercicios anuales recién evocados. También están presentes en la elaboración de proyectos de Ley vinculados, por ejemplo, a la reestructuración de servicios públicos, a la reubicación o re-encasillamiento de los puestos de trabajo en la Escala Única de Remuneraciones, en la formulación de incentivos para el retiro de los funcionarios, en el establecimiento de estímulos de productividad y de calidad.

Existen variadas modalidades organizacionales de las asociaciones. Entre ellas destacan las que agrupan a todos los trabajadores de un servicio público, y las que agrupan a trabajadores de una misma categoría ocupacional o de categorías ocupacionales similares o conexas. Las federaciones se integran siguiendo esos factores u otros de localización geográfica, en tanto que las confederaciones y centrales agrupan a todas esas modalidades organizativas.

Las informaciones estadísticas correspondientes a 2014, publicadas por la Dirección del Trabajo, permiten destacar las siguientes características de la afiliación a asociaciones de trabajadores públicos:⁽⁷⁾

(7) Ver, ANUARIO ESTADÍSTICO 2014 (Unidad de Estadísticas del Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo). En dicho estudio se expresa que se considera que son “trabajadores de la Administración pública” a “todos aquellos que desempeñan sus labores en instituciones de carácter estatal, como Ministerios, Intendencias, Gobernaciones, Servicios Públicos centralizados y descentralizados, Universidades del Estado y Municipalidades, y cuya relación con el empleador el Estado- se rige ya sea por el Estatuto Administrativo, el Estatuto de Funcionarios Municipales o por el estatuto Docente, entre otros. Se exceptúan de esta categoría los trabajadores de las empresas del Estado. Para efectos del presente compendio, la cifra que se entrega como total de trabajadores de la Administración Pública corresponde en realidad al total de asalariados del sector público, es decir, incluyendo a trabajadores de las empresas del Estado. Esta cifra es utilizada como aproximación o estimación, debido a que la Encuesta de Empleo del INE, que es la fuente de este indicador, no distingue en el empleo público entre los asalariados de la Administración Pública propiamente tal y los de las empresas públicas, considerando además que el total trabajadores de estas últimas representan un porcentaje minoritario dentro del total de trabajadores del sector público.”

- En 2014 había 2.041 asociaciones con un total de 208.211 afiliados. De éstos, 122.855 eran mujeres y 85.356, hombres⁽⁸⁾.
- En el mismo año se constituyeron once (11) Confederaciones de Asociaciones, cuarenta y nueve (49) federaciones de asociaciones y doscientos noventa (290) asociaciones⁽⁹⁾.

2. Las principales disyuntivas

Cuatro son las principales disyuntivas presentes en el análisis de las orientaciones y contenidos de una posible legislación que regule tanto el procedimiento de negociación de las condiciones de trabajo en la administración del Estado chileno, como la prevención y solución de los conflictos que pudieren surgir con ocasión de esa negociación: (i) la aplicación de la actual normatividad reguladora de esas materias en el sector privado o la adopción de una normatividad especial; (ii) el ámbito temático de las materias objeto de la negociación; (iii) el ámbito temporal y personal de vigencia de los acuerdos alcanzados, y (iv) el nivel o niveles de la negociación.

a) Normativa aplicable

Estimo que no obstante las similitudes existentes entre el trabajo en el sector público y el trabajo en el sector privado, las peculiaridades del trabajo público tornan recomendable contar con una legislación especial que establezca un coherente y eficiente subsistema de relaciones colectivas de trabajo en la Administración Pública, en la que se regule lo atinente a la sindicación, la negociación y los conflictos colectivos de trabajo, incluidas las limitaciones de la huelga.

En su elaboración habría que tener principalmente presente: (i) las experiencias derivadas de la aplicación de la Ley N° 19.296; (ii) las prácticas participativas habidas en Chile en la determinación de las condiciones salariales y de trabajo, incluyendo las referidas a la negociación colectiva en el sector privado; y (iii) el marco normativo contenido en el Convenio N° 151 de la OIT, en relación con las normas sobre libertad sindical contenidas en los Convenios números 87 y 98, así como las observaciones y conclusiones expresadas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios

(8) Ob.cit. Cuadros 4 y 5.

(9) Ob.cit. Cuadro 104.

y Recomendaciones, la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo y el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT.

b) Ámbito temático

Como lo he señalado, en el Convenio N° 151 se establece que “de ser necesario”, se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales “para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo”.

¿Cuáles son esas condiciones de empleo?. Para empezar, son condiciones de empleo todas las materias comprendidas en el actual Estatuto Administrativo y las que las partes convengan negociar, siempre que, por su naturaleza, sean condiciones de empleo o se vinculen estrecha y necesariamente con ellas.

Por cierto, existen normas constitucionales en las que ciertas facultades decisorias son radicadas, exclusiva o excluyentemente, en entidades públicas. De otra parte, hay materias que solo pueden ser objeto de una o más leyes, o de actos administrativos idóneos. En consecuencia, existen límites en cuanto al contenido del ámbito temático de la negociación colectiva en la Administración Pública.

Entre las limitaciones existentes cabe recordar las siguientes:

- En el numeral 4 del artículo 63 de la Constitución se dispone que “Solo son materias de Ley...[L] las materias básicas relativas al régimen laboral, sindical, previsional y de Seguridad Social.”
- En los numerales 2° y 4° del párrafo final del artículo 64 de la Constitución se expresa: “Corresponderá, asimismo, al Presidente la iniciativa exclusiva para: ... 2° Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semi-fiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones... 4° Fijar, modificar, conceder o aumentar remuneraciones, jubilaciones, pensiones, montepíos, rentas y cualquiera otra clase de

emolumentos, préstamos o beneficios al personal en servicio activo o en retiro y a los beneficiarios de montepío, en su caso, de la Administración Pública y demás organismos y en entidades anteriormente señalados, como asimismo fijar las remuneraciones mínimas de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlas, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los números siguientes”. En los números siguientes a los recién evocados, se dispone que: “5° Establecer las modalidades y procedimientos de la negociación colectiva y determinar los casos en que no se podrá negociar. 6° Establecer o modificar las normas sobre Seguridad Social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado”.

- En el inciso final del artículo 65 de la Constitución vigente se dispone que: “El Congreso Nacional solo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que proponga el Presidente de la República”.

c) Ámbito temporal y personal

Generalmente los acuerdos colectivos tienen costos que, en el caso de la Administración Pública, deben estar contemplados en la Ley de Presupuesto, materia regulada en los artículos 67 al 75 de la Constitución. Por ello, en el procedimiento de negociación que se establezca será necesario compatibilizar los plazos convenidos en el acuerdo resultante de la negociación con los plazos constitucionales referidos al Presupuesto.

De otra parte, en la Administración Pública existe una variada gama de categorías ocupacionales y de modalidades de contratación. Así, por ejemplo, hay profesionales, técnicos, administrativos, auxiliares. Hay personal subordinado y personal en variados cargos directivos y de jefaturas. Hay personal en funciones de planificación, ejecución, supervisión y control. A los factores ya anotados se agregan los atinentes a los campos de acción de los correspondientes organismos y dependencias de la Administración Pública, por ejemplo, salud, educación, municipios, aduanas, prisiones.

La existente multiplicidad de ámbitos personales torna necesario que la negociación contemple y compatibilice los diferentes intereses comprometidos, que suelen obedecer a distintas visiones de los problemas que existen en los distintos sectores ocupacionales, jerárquicos y necesidades públicas atendidas. Ello requiere formular y aplicar estrategias multidimensionales.

d) Niveles

Habida cuenta de la actual estructura organizacional de las asociaciones públicas y de los variados matices comprendidos en una negociación en la que existen relaciones de complementariedad y de diferenciación según los niveles en que se negocia, se debe establecer una apropiada coordinación entre lo negociado y acordado en un sistema en el que, de hecho hay –y en el que legalmente debe haber– negociación centralizada y descentralizada.

Santiago, julio de 2016

II ENCUENTRO
CHILENO-PERUANO-URUGUAYO
DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Homenaje al Prof. Mario Pasco Cosmópolis

29 y 30 de julio de 2016

Montevideo

TEMA I:

NUEVAS TENDENCIAS
DE LA SEGURIDAD SOCIAL

LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN IBEROAMÉRICA Y SUS PRINCIPALES RETOS

Hugo Cifuentes Lillo⁽¹⁾

I. RESUMEN

Este estudio describe las líneas de tendencias de los sistemas de pensiones, en su contexto de Seguridad Social, en los países iberoamericanos, en las últimas décadas, considerando las bases clásicas sobre las cuales se modelaron. Asimismo, y a medida que se efectúa el análisis tipológico, se presentan los principales retos que ellos enfrentan a mitad de la segunda década del siglo XXI.

El trabajo es una derivación del análisis más extenso y general realizado por la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, OISS, acerca de las perspectivas de género en los sistemas de Seguridad Social en Iberoamérica (2015)⁽²⁾. Así, conservando y siguiendo la base estructural y conceptual de ese informe, el autor presenta la realidad actual, de nuestros sistemas de pensiones, con especial referencia a la situación de Chile.

II. CUESTIONES INICIALES

Los sistemas de pensiones pueden clasificarse de acuerdo con diversos criterios, entre ellos las condiciones de acceso a las prestaciones, la forma en que se organiza su financiación, el esquema por el que se regula el otorgamiento de

(1) Abogado, Doctor en Derecho. Director de la OISS en Chile, profesor de la p. U. Católica de Chile y de U. Diego Portales y uno de los directores de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

(2) En particular, el estudio se desarrolla a partir del apartado sobre “La lógica de los sistemas de Seguridad Social y las desigualdades en la protección” www.oiss.org.

beneficios, la obligatoriedad y según si su administración la realiza el Estado (directa o indirectamente) o entidades privadas.

Asimismo, es posible analizar todo sistema nacional, en función de lo que denominamos los factores claves (4): personas protegidas (universalidad subjetiva); prestaciones aseguradas (universalidad objetiva); financiamiento y, administración y gestión.

La extensión a toda la población (ciudadanos/residentes) es punto central de todo sistema, proclamado y reclamado por los instrumentos internacionales y que tiene consagración en la mayoría de las cartas constitucionales. A nivel supra nacional o regional, se plasma, hasta ahora, en el cada vez mayor número de convenios bilaterales o multilaterales de Seguridad Social⁽³⁾.

A nivel nacional la extensión se realiza a través de la incorporación de los trabajadores formales a los regímenes previsionales y con el apoyo de los programas de protección social, se avanza o se espera lograr la integración de los informales, como lo reclama la OIT.

IV. ACCESO A LAS PRESTACIONES

Según las condiciones de acceso a las prestaciones, los sistemas de pensiones pueden ser contributivos (llamado también esquema Bismarkiano o profesional), o no contributivos (denominado asimismo esquema Beveridgiano de tendencia a la universalidad). En los de carácter contributivo la principal fuente de financiamiento son las cotizaciones sobre el salario/remuneración/renta), y una de las condiciones de acceso a las prestaciones es el tiempo de contribución al sistema (continuidad previsional, eliminación de lagunas y alta densidad de aportes). En general, cuanto mayor es el tiempo de afiliación y la cuantía de las contribuciones, mayor es la prestación que se otorga. Respecto de los regímenes de capitalización individual, lo relevante será la cuantía del saldo y la rentabilidad de las inversiones efectuadas por los administradores.

En el enfoque no contributivo, por el contrario, el criterio predominante para el otorgamiento de las prestaciones está asociado con la residencia o ciudadanía, y ni la historia laboral ni las contribuciones al sistema determinan *per se* el acceso y el nivel de las prestaciones. En la práctica, en los diferentes países de la comunidad

(3) OISS: Ídem, vínculo convenio multilateral iberoamericano. Ver también capítulo respectivo en: Cifuentes, Arellano y Walker, Seguridad Social. Parte General y Pensiones. Sgto. Librotecnia, 2013.

iberoamericana, en la actualidad, es frecuente encontrar sistemas mixtos que combinan esquemas contributivo y no contributivo, ya sea en forma dual o en forma integrada. En Chile, en el año 2008, se introdujo el “sistema” de pensiones y aportes solidarios no contributivos “complementario del régimen de capitalización individual”, como un derecho para la mayoría de la población (Ley 20.225). Un reto no menor es la necesaria reforma del sistema chileno para enfrentar la alta desconfianza e inseguridad constatada en el sistema vigente, así como aspectos paramétricos trascendentes. Muchos plantean la necesidad de un nuevo pacto social para las pensiones (Comisión Asesora Presidencial de Pensiones, Propuesta B, 2015)

V. FINANCIACIÓN

Atendiendo a la financiación, se distingue entre sistemas totalmente financiados (con aportes/cotizaciones), sistemas parcialmente financiados y sistemas sin fondos (no contributivos). En los sistemas totalmente financiados, los beneficios pensionales se pagan utilizando los activos acumulados en el plan de pensiones. En los sistemas parcialmente financiados, los beneficios pensionales se pagan, en una parte, con los activos acumulados y, en otra, con las contribuciones presentes de los trabajadores o con impuestos. En los sistemas denominados sin fondos propios o específicos, los beneficios pensionales se pagan con las contribuciones o con impuestos.

A los sistemas parcialmente financiados o sin fondos específicos se les suele denominar de reparto, o PAYG según sus siglas en inglés (*pay as you go*)⁽⁴⁾. Como se ha indicado, en los sistemas de reparto, las pensiones se financian con los aportes dirigido a los fondos de la Seguridad Social que realizan los empleadores y/o trabajadores activos y el Estado, pudiendo contar también con una reserva acumulada, que se genera cuando la recaudación por cotizaciones supera al gasto por prestaciones (capitalización parcial colectiva) y permite mantener el equilibrio financiero del programa durante un período de tiempo. Puede distinguirse, a su vez, entre sistemas de reparto puro, en los que el beneficio no está definido y depende del monto de las recaudaciones por cotización, y los sistemas de reparto asistido, que cuentan para su financiación con recursos tributarios adicionales, además de las cotizaciones sobre los ingresos de los afiliados cotizantes.

Los sistemas totalmente financiados se denominan también sistemas de capitalización. La modalidad más frecuente es la de capitalización individual, llamada

(4) Existen posturas que sostienen que un sistema fundado en aportes fiscales vía impuestos, implican un sistema de reparto, tal ha sido la posición de algunos miembros de la Comisión Asesora Presidencial de Pensiones de Chile (www.comisionpensiones.cl).

así porque cada afiliado posee una cuenta individual en la que se depositan sus cotizaciones previsionales. Esta cuenta es administrada por una entidad financiera que invierte los fondos con el fin de obtener rentabilidades adicionales, y cobra una determinada comisión por su administración. Al término de la vida activa, el capital depositado en la cuenta le es devuelto al afiliado o a sus beneficiarios sobrevivientes en la forma de alguna modalidad de pensión. Existen también sistemas de capitalización colectiva, en los cuales las aportaciones periódicas de los partícipes constituyen un fondo destinado a hacer frente al pago de pensiones cuando sus partícipes alcancen la edad de jubilación⁽⁵⁾. Generalmente, a estos esquemas financieros obligatorios de capitalización individual se suman los aportes voluntarios, que pueden provenir del afiliado directamente o de mecanismos que incluyen aportes convenidos con el empleador, vía acuerdos individuales o colectivos, que en Chile se integran el llamado sistema de cotizaciones y ahorro voluntario individual o colectivo.

Una alternativa intermedia entre capitalización y reparto la constituye el sistema de cuentas nocionales. Esquema que incorpora elementos estrictamente actuariales bajo la lógica del régimen de reparto. La contribución del trabajador es acreditada en una cuenta individual nocional (virtual), a la que se atribuye un rendimiento ficticio basado en una tasa de interés nocional (asociada con la evolución de distintos indicadores o con un índice combinado: precios, salarios, masa salarial, recaudación, equilibrio financiero o actuarial, PIB). En el momento del retiro, el trabajador obtiene una pensión basada en el saldo de esa cuenta y la esperanza de vida de su cohorte. Se incorpora así el principio de los sistemas de capitalización de una estrecha vinculación entre las cotizaciones y los beneficios, pero manteniendo un financiamiento que es básicamente de reparto, dado que no existe un fondo financiero (y que reconozca titularidad expresa del afiliado sobre sus cotizaciones) que respalde las prestaciones comprometidas. Como han señalado Vidal, Devesa y Lejárraga (2002: 153), la introducción de las cuentas nocionales en sistemas de reparto mejora la credibilidad política y financiera del sistema al ligar los cálculos de incrementos de las pensiones a señales objetivas de sostenibilidad macroeconómica (como el crecimiento de los salarios y de la productividad) y a las mejoras en las expectativas de vida. El sistema de cuentas nocionales se introdujo en Brasil en virtud de la enmienda Constitucional N° 20 de diciembre de 1998. En Chile, la denominada Propuesta B, del Informe Final de la Comisión Asesora Presidencial del Sistema Pensiones (2015), incluye en la parte estrictamente mixta de su recomendación la inclusión de las cuentas nocionales.

(5) Por ejemplo, planes cerrados de empresa, que en general, tienen poco alcance.

En el financiamiento de las pensiones en donde existe un conjunto de retos cuyo abordaje no pueden esperar, ya que se encuentra en riesgo la sostenibilidad de los sistemas, entre otros: disminución de la población activa versus incremento de los adultos mayores⁽⁶⁾ y un retardo en la edad de ingreso al mundo del trabajo de los jóvenes. Adicionalmente, la tasa de cotización debe ajustarse al alza, en varios sistemas, como es el caso de Chile, 10 % de la remuneración/renta imponible de cargo del afiliado a la cuenta de capitalización individual.

Conviene, en todo caso, tener presente la estrecha relación entre los ingresos laborales y la cotización. Empleo formal con cotizaciones a la Seguridad Social sobre todos los ingresos, son una de las bases para pensiones contributivas alineadas o al menos de forma relativa con los ingresos de la época activa del pensionista. La evasión (no aportar por todos los ingresos), como la elusión (dejar fuera de la base cálculo de los aportes parte de las retribuciones), son retos de la adecuada recaudación y control de las contribuciones.

VI. ESQUEMA DE OTORGAMIENTO DE BENEFICIOS

Atendiendo al esquema por el que se regula el otorgamiento de beneficios, se distingue entre sistemas de beneficio definido, sistemas de contribución definida y sistemas mixtos.

En los sistemas de beneficio definido la cuantía de la pensión está determinada por una regla basada en la historia de las cotizaciones del trabajador. La regla de beneficios se puede establecer en referencia al último ingreso (imponible) o a un período más amplio (por ejemplo, los cinco, diez o quince últimos años de contribuciones), que puede incluso llegar a abarcar toda la vida activa (con mecanismos de actualización), y tiene en cuenta también el número de años cotizados, exigiendo un periodo mínimo para tener acceso a la pensión. Existen observaciones a determinados regímenes en el contexto de nuestros países que consideran como ingreso base de cálculo de pensión a periodos más cortos que los enunciados e incluso incluyendo en esa base retribuciones monetarias por las cuales no se han efectuado aportes (ingresos no imponibles). Aspecto observable desde varias perspectivas, entre otras, de financiamiento y sostenibilidad del régimen de que se trate. Sin contar con el descrédito de esos regímenes excepcionales y privilegiados, en particular considerando la evolución (disminución) de la masa de

(6) Se sigue regulando la edad de pensión con parámetros que no se ajustan a la expectativa de vida y a un concepto actualizado de vejez. Por ejemplo, la edad ficta de vejez para pensionarse de la mujer se mueve entre los 57 (Colombia) y 60 años (Chile).

contribuyentes, que obliga a mayores transferencias fiscales para el cumplimiento del pago de las prestaciones en curso.

Las pensiones no contributivas pueden considerarse un caso particular de sistema de beneficio definido en los que no hay contribuciones y que, por lo tanto, se tienen que financiar con impuestos generales. En nuestro espacio regional, no se encuentra difundida esta fórmula salvo en relación con las rentas básicas de subsistencia para adultos mayores, pensiones puramente no contributivas. Ello, sin perjuicio de complementos solidarios para pensiones previsionales bajo un determinado nivel y para grupos o sectores de pensionados.

En los sistemas de contribución definida, la cuantía de la pensión se determina por el valor de los activos acumulados por un individuo durante su vida laboral incluidos los rendimientos generados por la inversión efectuado por el administrador (AFP, AFJP, AFORES, según el país de que se trate). Los beneficios pueden ser retirados de una sola vez (lo que escapa a las reglas generales de un sistema de pensiones)⁽⁷⁾, pueden recibirse mensualmente en la modalidad de retiro programado (en este caso, el monto de la mensualidad se calcula y actualiza periódicamente en función del saldo de la cuenta individual, la rentabilidad de los fondos y la expectativa de vida del afiliado⁽⁸⁾, lo que significa que el monto de la pensión varía cada año, disminuyendo con el tiempo), o pueden convertirse en una renta vitalicia transfiriendo los fondos previsionales a una compañía de seguros, que proporciona a cambio un ingreso mensual hasta el final de la vida del individuo. En los sistemas mixtos, la pensión generalmente está determinada por un esquema de contribución definida, pero se estipula un nivel mínimo de pensión equivalente a un beneficio definido mínimo, siguiendo el principio de solidaridad. En estos casos, el plan de pensiones suele exigir un tiempo mínimo de cotización o una edad mínima de retiro.

VIII. OBLIGATORIEDAD Y LIBERTAD DE AFILIACIÓN

Puede distinguirse asimismo entre sistemas obligatorios y sistemas voluntarios. En los sistemas obligatorios, las personas incluidas en el ámbito de aplicación (por ejemplo, los trabajadores por cuenta ajena) deben afiliarse a un determinado

(7) Es necesario tener a la vista la reciente Ley peruana que permite retiro de fondos en determinadas condiciones de una sola vez, o ante eventos personales o familiares trascendentes.

(8) La determinación de la expectativa de vida, su variación al alza, influye en la cuantía de la pensión futura. En Chile, desde julio 2016, se encuentran en vigor tablas que en su aplicación impacta en torno a dos puntos porcentuales a la baja, de las pensiones de los nuevos pensionantes del régimen de capitalización individual.

plan previsional y, salvo determinados límites, no pueden fijar libremente el monto de sus aportaciones, aunque en los regímenes de capitalización individual le es posible elegir el administrador, aspecto este que ya en determinados países se ha restringido, dejando ser absolutamente libre⁽⁹⁾. Para los trabajadores autónomos o independientes, no todos los sistemas encuentran normas que faciliten su incorporación obligatoria⁽¹⁰⁾. En los sistemas voluntarios no existe una obligación directa de participación para las personas, aunque de ordinario se contemplan mecanismos a través de los que se incentiva la participación, como deducciones impositivas. La tendencia como veremos, es a la existencia de regímenes contributivos obligatorios para todos los dependientes y que incluyen a independientes determinados y con libertad de incorporación a terceros (rentistas, amas de casa, hijos aún dependientes) que no califican en las denominaciones indicadas. Lo consistente en nuestro entender con un sistema de Seguridad Social es la obligatoriedad de afiliación y cotización al régimen contributivo general, y el reto es encontrar mecanismos para la concreción efectiva de las aportaciones. La complementariedad de mecanismos de recaudo de aportes, tanto para la Seguridad Social como de tributos, según el grado de desarrollo de ellos. Es el caso de Chile y la deducción de cotizaciones para sectores de independientes, en proceso de aplicación gradual, como se indicó.

IX. ADMINISTRACIÓN DE LOS FONDOS

Atendiendo a la administración de los fondos, se distingue entre los sistemas en los que el Estado administra en forma directa (sistemas de Administración Pública), y aquellos en los que se delega en empresas privadas (sistemas de administración privada). También es posible que la administración de la cuenta (registro, determinación y pago del beneficio) sea realizada por el gobierno mientras que las inversiones sean encargadas a entidades financieras privadas con reglas precisas. Tradicionalmente, los sistemas de pensiones en los países iberoamericanos han sido administrados por el Estado a través de entidades públicas o semi públicas (con o sin participación en sus gobiernos internos de representantes de los afiliados y patronos), pero desde que Chile introdujo un plan de contribución definida administrado por entidades privadas con fines de lucro y con financiamiento

(9) En el caso de Chile, por reforma del año 2008 (Ley 20.255), los nuevos afiliados (que inician su vida laboral), deben incorporarse obligatoriamente, por un periodo determinado, a una AFP definida (licitada por el sistema).

(10) En Chile a partir de 2008, determinados sectores de independientes están obligados a incorporarse, pero el proceso gradual de adscripción ya ha debido retrasarse en una oportunidad más allá de lo previsto inicialmente.

total del cotizante en 1981, cerca de una docena de países administran del mismo modo o de forma parecida parte de su sistema de pensiones, aunque informes recientes de la OIT, dan cuenta que ya varios ellos han revertido esos procesos, total o parcialmente⁽¹¹⁾.

Algunos autores distinguen entre sistemas públicos y privados de Seguridad Social teniendo en cuenta, para evitar la ambigüedad y la carga ideológica que tienen esos términos, no solo la naturaleza privada o pública de la institución que los administra, sino también el régimen financiero y las reglas de definición de cotizaciones y prestaciones (Mesa-Lago, 2004: 27). Por lo general, los sistemas públicos son de contribución no definida (las cotizaciones totales aumentan con el tiempo según madura el sistema y envejece la población), beneficios definidos (determinados y garantizados por la Ley), régimen financiero de reparto sin reservas o de capitalización parcial colectiva (reserva parcial para el colectivo de asegurados), y Administración Pública (por el organismo del seguro social o por el gobierno central). Los sistemas privados tienen, por lo general, contribución definida (no debe aumentar en el tiempo), beneficios no definidos (su monto dependerá de la suma acumulada en la cuenta individual del asegurado según su salario y densidad de cotización, así como del rendimiento de la inversión y de un cálculo actuarial que tiene en cuenta su esperanza de vida al jubilarse), régimen financiero de capitalización plena e individual (cuenta individual propiedad del asegurado cuyo fondo se invierte) y, en la mayoría de los casos, administración privada (por entidades privadas con ánimo de lucro y dedicación exclusiva), aunque la administración puede ser también pública o mixta (Mesa-Lago y Márquez, 2006: 400).

Sobre los modelos de administración, suele incurrirse en miradas puramente ideológicas, como se indicó más arriba, pero ello es parte del debate ya que la estructura que asuma todo sistema debe considerar la realidad económica, social y de evolución histórica de cada país, cuidando sí de conjugar las variables económicas, con la necesidad de asegurar pensión conforme la dignidad de cada adulto mayor.

X. EL SISTEMA DE MÚLTIPLES PILARES Y EL PISO DE PROTECCIÓN SOCIAL

Los objetivos que persiguen los sistemas de Seguridad Social, habiendo tenido en sus orígenes uno definido y exclusivo: asegurar rentas sustitutivas a los asegurados, sin descuidar este, han ido variando. Podemos distinguir objetivos a

(11) Ver informe OIT en seminario de pensiones, Chile, 2015, www.comisionpensiones.cl

nivel individual y a nivel colectivo o social. En lo individual, se persigue posibilitar una mejor distribución del consumo de las personas a lo largo de la vida mediante un sistema de ahorro/cotizaciones que permita la transferencia de recursos desde la etapa activa a la de vejez (en algunos casos de retiro), en la que se reduce o desaparece la posibilidad de generar ingresos (suavización del consumo)⁽¹²⁾. Por otra parte, protege ante las incertidumbres repartiendo el riesgo mediante la técnica del aseguramiento colectivo (seguro social), en que la comunidad de riesgo, es decir, los afiliados al seguro (futuros beneficiarios) reúnen características de edad, expectativas de vida, etc., de relativa similitud. En definitiva, la Seguridad Social tiene como primer objetivo asegurar rentas sustitutivas y o complementarias, de las que se dejan de percibir (en el caso en estudio por vejez) o porque no son suficientes (por ej.: asignaciones familiares por hijos a cargo).

Entre los objetivos sociales se encuentran el alivio de la pobreza, especialmente en aquellos grupos que no cuentan con cotizaciones durante su etapa activa por carecer de capacidad contributiva, y la redistribución del ingreso. Cuando priman los objetivos individuales de suavización del consumo y protección frente a las incertidumbres, los sistemas tienden a ser de naturaleza contributiva y a veces incluir un componente de contribución definida de capitalización individual o colectiva. Cuando los objetivos predominantes son la redistribución y alivio de la pobreza, los sistemas tienden a organizarse bajo el esquema de reparto con prestaciones relativamente uniformes, cuentan con financiamiento procedente de los impuestos generales y no requieren, de ordinario, largos periodos de contribuciones previas a los potenciales beneficiarios, al menos para pisos mínimos. Es la lógica seguida por los sistemas de reparto que se han ido haciendo deficitarios por falta de adecuaciones paramétricas, pero que adoptadas siempre requieren transferencias fiscales, al menos para aliviar la pobreza.

La multiplicidad de objetivos ha condicionado la conformación de los sistemas de Seguridad Social, que suelen articular diversos componentes o pilares a fin de conjugar los distintos objetivos con diversos instrumentos que tienen lógicas de funcionamiento, administración y financiamiento diferentes. Los cuales, en la práctica, por la conformación normativa adoptada llevan en más de un caso observable en la realidad de nuestros países, a que sectores beneficiados por programas de alivio a la pobreza (protección social) se mantengan al margen de la

(12) Ello, en cuanto en un momento “se reduce o desaparece la posibilidad de generar ingresos” en el plano programático, ya que en la realidad las personas, por el aumento de la esperanza de vida, condiciones del empleo, nivel de las pensiones y espacio permitido por la normativa de edad obligatoria o no de retiro, buscan o son requeridas a mantenerse laborando. Se convierte así la pensión en una de las fuentes de ingreso de la vejez (ficta), unida a los ingresos generados por seguir activo.

formalidad laboral, afectando así uno de los principios de todo sistema, la incorporación de los informales a la Seguridad Social previsional, conforme el principio de la universalidad subjetiva⁽¹³⁾.

El multipilarismo se refiere a la organización de un sistema de pensiones sustentado en un conjunto de pilares que persigan diversos objetivos, como forma de afrontar la dificultad que supone conciliar los objetivos individuales y sociales. En su conformación más básica, deberían existir al menos dos pilares, de forma que un primer pilar del sistema garantice el alivio de la pobreza y cierto nivel de redistribución, mientras que un segundo pilar cumpla con la función de seguro y ahorro, con el objetivo de suavizar el consumo mediante prestaciones que presenten una adecuada tasa de sustitución de los ingresos laborales. A estos se asocia en algunos sistemas un régimen voluntario.

En los últimos cuarenta años se planteado varios tipos de sistemas multipolares, los que han logrado diferentes formas de implementación con resultados diversos respecto del cumplimiento de sus objetivos aún en proceso de evaluación, ya que, como sabemos, reformas a los sistemas de pensiones requieren de procesos largos y graduales⁽¹⁴⁾.

Uno de estos sistemas es el Proyecto de Código para la armonización de las legislaciones nacionales europeas de Seguridad Social⁽¹⁵⁾, con tres pilares:

1. Un pilar básico, universal para todos, hayan o no aportado cotizaciones a un sistema de prestaciones, financiado con cargo a impuestos generales.
2. Uno segundo (profesional), financiado con aportes de empresas, trabajadores y autónomos, con prestaciones a quienes han desempeñado una actividad empresarial, laboral o profesional, y por tanto es contributivo.
3. Y un tercer pilar, libre, al que cada persona, cubierta o no por el segundo nivel, puede adherirse, separada e individualmente, de acuerdo con sus necesidades.

La organización del segundo pilar fue un tema muy controvertido en los

(13) A este respecto, conviene revisar la Recomendación 204, de la OIT (2015): “Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal.”

(14) Por ellos los sistemas de pensiones se conocen también, como sistemas de largo tiempo de acumulación de prestaciones vitalicias.

(15) Elaborado por la Universidad de Lovaina en 1977.

años 90, pues por una parte organismos como el Banco Mundial (BM), promovieron la adopción del sistema de cuentas de ahorro previsional, de contribución definida y administrado por entidades privadas, mientras que otros organismos, como la OIT y la AISS optaron por un sistema de beneficio definido, de reparto y administrado por entidades públicas.

El esquema del Banco Mundial (1994)⁽¹⁶⁾, contempla tres pilares:

- Un primer pilar público financiado mediante impuestos que mantenga a los mayores fuera de la pobreza y cuya función estribe en la redistribución;
- Uno segundo obligatorio, privado y totalmente capitalizado, con prestaciones estrechamente relacionadas con las contribuciones y cuya función sea el ahorro;
- Un tercer pilar voluntario para las personas que deseen ahorrar más.

En esta primera propuesta del BM de tres pilares, el elemento clave son las cuentas de ahorro individual, marginando a los trabajadores a quienes sus circunstancias laborales les impiden adaptarse al modelo. Se esperaba que la capitalización proporcionara un nivel aceptable de pensión a los trabajadores cuyo nivel salarial y regularidad en el empleo se adapta a la exigencia del funcionamiento de régimen, pues solo ellos pueden beneficiarse de la rentabilidad al largo plazo de la inversión de su ahorro. La exigua protección ofrecida por el nivel asistencial no alcanza a ofrecer una pensión; se limita a asegurar un mínimo. El pilar complementario de cuentas de ahorro individual es de menor garantía: la regulación de los fondos de pensiones de este pilar es menos rígida (Águila Cazorla, 2011: 515).

Este esquema, que constituyó la base argumental para muchas de las reformas de carácter privatizador realizadas en los años noventa, fue contestado de manera completa y sistematizada un lustro más tarde por la OIT y la AISS⁽¹⁷⁾.

La OIT promovió un sistema de pilares múltiples, en que los diferentes niveles de protección se coordinan con el objetivo de garantizar un nivel suficiente de ingresos en la vejez y de conseguir una mayor vinculación entre las prestaciones y cotizaciones, capaz de atemperar los efectos del diseño de pilar único configurado a través de prestaciones definidas y financiado mediante reparto. Estos pilares de la OIT son los siguientes:

(16) “Envejecimiento sin crisis: políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento”.

(17) Informe “Social security pensions. Development and reform” (2000), dirigido por Colin Guillion.

- 1°: Asistencial, centrado en combatir la pobreza. Financiado por ingresos generales del Estado y con prestaciones sujetas a prueba de la necesidad.
- 2°: De prestación definida, contributivo, obligatorio a cargo del Estado, con tasas de sustitución entre 40-50% del salario medio de toda la vida laboral e indexado.
- 3°: De contribución definida, obligatorio hasta un determinado nivel, a cargo de instituciones privadas y con prestaciones en forma de rentas vitalicias.
- 4°: De contribuciones definidas, voluntario, sin límites y gestionado también por instituciones privadas.

El eje central del modelo son los pilares 2° y 3° contributivos, uno financiado a través del reparto y configurado mediante prestaciones definidas o por cotizaciones definidas teóricas (cuentas nocionales), y otro de ahorro individual, capitalizado a cargo de entidades privadas. La división de fuentes de financiación que implica esta propuesta de la OIT tiene por objeto mitigar los riesgos derivados del mercado financiero, fundamentalmente la indeterminación en la cuantía de la pensión que el libre juego de las inversiones puede ofrecer, y los riesgos derivados del sistema tradicional de reparto, al que se atribuyen inequidades redistributivas y una gestión deficiente, unido a cuestionamientos centrales por temas de sostenibilidad financieras, los activos cotizantes disminuyen, frente al incremento de los beneficiarios de prestaciones, rompiendo el equilibrio inicial, cuestiones estas a las que ya nos hemos referido como realidades que retan a futuro la estructuración de los sistemas. En cuanto a la gestión deficiente, generalmente a tribuida al hecho de ser llevada a cabo por entidades públicas o se mi pública y con intervención de los intereses sectoriales, corresponde que sea reconsiderada, al menos conceptualmente, conforme a los actuales criterios de gobernanza y gobiernos corporativos de las entidades de Seguridad Social.

Los pilares primero y cuarto refuerzan las garantías estructurales del modelo y amparan las necesidades de los sectores de población situados en los extremos. Por una parte, los trabajadores de menor nivel salarial que no logren constituir una pensión suficiente a través del pilar contributivo estarán protegidos por el pilar asistencial, mientras que los trabajadores cuyo nivel de ingresos permita dirigir parte de su renta a la consecución de una pensión de jubilación de mayor tasa de retorno pueden encauzar esta renta disponible a la inversión a través de un plan de pensiones voluntario.

Posteriormente, el Banco Mundial, impulsado por los resultados negativos en relación con la cobertura prestacional que se han observado en los países que habían aplicado alguna de las variantes de su primer modelo de pilares múltiples (en particular, regímenes de capitalización individual)⁽¹⁸⁾, ha elaborado una propuesta más compleja, con hasta seis pilares, cada uno de los cuales depende de un método diferente para acumular y administrar el dinero en un plan de pensión, y entre los que se incluye un pilar de reparto, con el que intenta adaptar el sistema a las necesidades de protección de los trabajadores que se habían visto desplazados por el funcionamiento del régimen capitalizado, agregando así un componente de solidaridad como garantía de funcionamiento del sistema. Los pilares son complementarios entre sí y sirven para asegurar que la mayoría de las personas en un país determinado cuenten con una pensión en la vejez:

- Pilar cero: planes de asistencia social, de financiamiento fiscal para ayudar a asegurar que los ancianos más necesitados no caigan en la pobreza.
- 1er pilar: relacionado con los ingresos. Sin financiamiento, con beneficios definidos del tipo “reparto” o pagos con cargo a los ingresos corrientes.
- 2do. pilar: Ahorros obligatorios. De contribución definida y financiamiento total.
- 3er. pilar: planes para trabajadores, donde la empresa fija un plan de ahorro para sus empleados, generalmente con contribución definida y financiamiento.
- 4to. pilar: planes personales y voluntarios en los cuales el individuo crea una cuenta de ahorro privada para depositar dinero adicional. A este plan podrían asociarse beneficios tributarios.
- 5to. pilar: plan familiar, donde se paga una pensión a los miembros de la familia sobrevivientes que no tienen empleo.

La OIT también ha evolucionado, y viene impulsando el denominado Piso de Protección Social (R202: Recomendación 202, de 2002), con el fin de garantizar un nivel básico de protección y, por lo tanto, de vida decente, a todos. Para esta iniciativa, un nivel básico de protección social significa acceso a transferencias

(18) En particular, en cumplimiento de las bases con que fueron diseñados y las expectativas generadas, en lo que sin duda ha influido los cambios demográficos y las condiciones de los mercados de trabajo.

y servicios sociales esenciales para los pobres y vulnerables. En el ámbito de su mandato, la OIT está encargada de promover el componente de transferencias del piso social, un conjunto básico de garantías esenciales a través de prestaciones monetarias que garanticen acceso universal a servicios médicos esenciales, apoyo a los ingresos y seguridad de ellos o de sustento. Este modelo se conoce también como de rentas básicas de subsistencia (RBS).

La R202 fue adoptada por la Junta de Jefes Ejecutivos del Sistema de las Naciones Unidas en abril de 2009. La OIT y la Organización Mundial de la Salud (OMS) lideran esta iniciativa, que cuenta con el apoyo de 19 agencias de la ONU y otros socios, como bancos de desarrollo, organizaciones bilaterales y organizaciones no gubernamentales. El Piso de Protección Social fue integrado posteriormente al Pacto Mundial para el Empleo, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 2009. El Pacto ofrece un conjunto de medidas políticas concertadas a nivel internacional con el fin de construir un marco orientado hacia el empleo para el futuro crecimiento económico. Las siguientes son las recomendaciones específicas para ampliar la protección social:

- Establecer sistemas de transferencia en efectivo para los pobres, con el objeto de satisfacer sus necesidades inmediatas y de aliviar la pobreza.
- Instaurar una protección social adecuada para todos, con base en un “piso social” que incluya el acceso a la atención sanitaria, la seguridad del ingreso para los adultos mayores y las personas con discapacidad, las prestaciones por hijos a cargo y la seguridad del ingreso combinada con sistemas públicos de garantía del empleo para desempleados y trabajadores pobres.
- Incrementar la duración y la cobertura de las prestaciones de desempleo (junto con la aplicación de medidas para crear incentivos al trabajo adecuados que reconozcan las realidades actuales de los mercados laborales de cada país).
- Velar por que las personas desempleadas durante períodos prolongados mantengan el vínculo con el mercado de trabajo, por ejemplo, a través de actividades de desarrollo de competencias laborales para la empleabilidad⁽¹⁹⁾.
- Proporcionar prestaciones mínimas en países donde los fondos de pensiones o de salud ya no dispongan de una financiación suficiente

(19) Es el caso del seguro de cesantía chileno (Ley 19.728), que asocia el acceso a prestaciones de un fondo solidario (recursos fiscales y del empleador, al acceso a capacitación y puesto de trabajo.

que les permita asegurar una protección adecuada para los trabajadores, y examinar la forma de proteger mejor los ahorros de los trabajadores al diseñar los sistemas futuros⁽²⁰⁾.

- Proporcionar una cobertura adecuada a trabajadores temporales y ocasionales.
- Revisar y adaptar los salarios mínimos.
- Fortalecer los sistemas de protección social existentes y sentar las bases de sistemas eficaces en países que acusan un retraso en cuanto a asegurar un régimen básico de protección social (piso social) para todos.

La recomendación también dice explícitamente que las estrategias de extensión de la Seguridad Social deben aplicarse a las personas que forman parte tanto de la economía formal como de la economía informal, deben apoyar el crecimiento del empleo formal la reducción de la informalidad, y han de ser compatibles con los planes de desarrollo social, económico y medioambiental de los países.

XI. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Sin perjuicio de los retos descritos a largo de este informe, es necesario indicar que:

- La Seguridad Social es una obra de civilización del siglo XX y forma parte del acervo de nuestras sociedades y que se encuentra en constante mutación a objeto de cumplir con sus finalidades, en contextos económicos y sociales cambiantes.
- Los sistemas de Seguridad Social se han encontrado desde la década de los setenta del siglo pasado (crisis del petróleo) sujetos a cuestionamientos en cuanto la forma de estructurar sistemas nacionales, en atención a las diversas dificultades económicas no menores que ha enfrentado el mundo o determinadas regiones de este.
- El progreso logrado en materia de salud en sus diversos aspectos, ha

(20) Sistema de pensiones y aportes solidarios, en Chile, Ley 20.255, año 2008, definido jurídicamente como complementario del régimen de capitalización individual, en los hechos avanza a constituirse en el pilar principal.

traído consigo un aumento de las expectativas de vida y, por consiguiente, los modelos de reparto (en sus versiones clásicas) no han podido responder adecuadamente al incremento de pensionados y la larga vida que ellos alcanza. Unido ello, a una baja de la tasa de natalidad que afecta la población laboral activa, la que además se incorpora cada vez más tarde al trabajo y experimenta constantes cambios de empleo y períodos de vacancia en cotizaciones.

- Los modelos de capitalización individual, enfrentan sus propias crisis, entre otras de confianza, que han llevado en varios de los países que lo adoptaron a introducirles modificaciones o complementaciones, más o menos profundas, que están haciendo, al menos, variar su configuración inicial, sino su reemplazo, como ya ha ocurrido en algunos países.
- Los diferentes modelos de pilares desarrollados a partir de los años noventa, se encuentran en diversos países en proceso y con cambios, que cada vez se hacen más frecuentes, para adaptarlos a las nuevas realidades de la economía y la necesidad de cobertura a la población.
- La gobernanza de la Seguridad Social, en su aspecto inclusivo, debe resolver conforme las realidades nacionales la incorporación de los sectores informales, que en ciertas economías de nuestros países se encuentran en incremento.
- La movilidad laboral entre las naciones es cada día más frecuente, los pactos comerciales bio multilaterales, no incluyen, de entrada, consideraciones sobre la protección y conservación de los derechos sociales, frente a ello se implementan convenios específicos.

Con se ha indicado al inicio, no se pretende en este informe, ni con mucho, abordar todas las cuestiones/retos que enfrentan los sistemas nacionales de Seguridad Social por pensiones, en particular su ampliación a toda la población al menos en un piso mínimo. En todo caso, esperamos que hubiere quedado reflejado adecuadamente, la vitalidad de esta institución, soporte necesario de todo crecimiento y desarrollo económico en un estado democrático y social de derechos, que espera incluir a toda su población.

Santiago de Chile, Julio de 2016

NUEVAS TENDENCIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: TRAYECTORIAS COMPARADAS DE LOS CASOS DE CHILE, PERÚ Y URUGUAY

Álvaro Rodríguez Azcúe⁽¹⁾

*“Sin solidaridad no puede haber
Seguridad Social”*

Américo Plá Rodríguez⁽²⁾

I. INTRODUCCIÓN

El tema que abordaremos nos conduce, inevitablemente, al estudio del brillante trabajo del profesor Mario Pasco Cosmópolis: *Tendencias actuales en la Seguridad Social* (2001), en el que, da cuenta de los cuestionamientos a la Seguridad Social, de su reforma, al tiempo que reflexiona sobre su futuro, para finalizar bregando por “nuevos sistemas, sí, pero equitativos, justos. Nuevos sistemas, sí, pero razonables, económicamente sostenibles, financieramente viables”⁽³⁾.

Las enseñanzas del Maestro peruano conservan plena vigencia en la actualidad y guían el enfoque de nuestro estudio.

(1) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Facultad de Derecho - U. de la R.). Profesor Asistente de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y de Diálogo Social (Facultad de Derecho – U. de la R.); Profesor Titular de Derecho de la Seguridad Social (Facultad de Derecho del CLAEH).

El autor se desempeña como asesor del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no obstante los comentarios y opiniones contenidos en presente trabajo son realizados a título personal y no comprometen a dicha Cartera.

(2) Plá Rodríguez, Américo, *Estudios de la Seguridad Social*, FCU, Mdeo., 1999, p. 407.

(3) Pasco Cosmópolis, Mario, “Tendencias actuales en la Seguridad Social”, en revista *Derecho Laboral* N° 205, p. 141.

En ese marco conceptual, el presente trabajo se estructura en cinco partes: la primera, en la que ensayamos, en apretada síntesis, una reseña de la Seguridad Social en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo; en la segunda, nos referimos a la situación previa a las reformas de los sistemas de pensiones de nuestros países y a la características de las mismas; en la tercera parte, damos cuenta de los impactos de las reformas en el mundo real; en la cuarta parte se bosquejan las reformas de las reformas procesadas en nuestros países; finalmente, en la quinta y última parte nos planteamos identificar las tendencias que se verifican a nivel internacional y en nuestros países.

II. PRESENTACIÓN GENERAL: UNA MIRADA DESDE LA SEGURIDAD SOCIAL INTERNACIONAL

Conforme lo ha sostenido la Organización Internacional del Trabajo la “Seguridad Social engloba el conjunto de medidas adoptadas por la sociedad con el fin de garantizar a sus miembros, por medio de una organización apropiada, una protección suficiente contra ciertos riesgos a los cuales se hallan expuestos”⁽⁴⁾.

El carácter amplio y abierto de la clásica definición da cuenta de la permeabilidad de la Seguridad Social al tiempo social, característica que comparte con el Derecho del Trabajo⁽⁵⁾. Los cambios demográficos (natalidad, mortalidad, migración, etc.), los arreglos familiares y otras pautas culturales, el grado de desarrollo económico y tecnológico alcanzado, así como las concepciones ideológicas, políticas y económicas predominantes en la sociedad y el Estado impactan directamente en las contingencias sociales que atiende cada sistema de Seguridad Social, tanto en su diseño institucional y de gestión, en sus contenidos, como en su financiamiento.

Para determinar el alcance de la Seguridad Social resulta imprescindible acudir a lo previsto por el Convenio sobre la Seguridad Social (norma mínima), 1952 (núm. 102)⁽⁶⁾, que refleja la concepción dominante de mediados del siglo

(4) Conferencia Internacional del Trabajo, Filadelfia, 1944.

(5) Barbagelata, Héctor-Hugo, El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales, 2ª ed. actualizada y ampliada, FCU, Mdeo, 2009, p. 33.

(6) Uruguay ratificó el Convenio mediante la Ley N° 18.609 de 2.X.2009 y el mismo se encuentra en vigor desde el 14 octubre 2010. Nuestro país ha aceptado las partes II, IV, VII y VIII. Curiosamente, como señala acertadamente Ursula Kulke, Uruguay no lo había ratificado con anterioridad, pese a que sí había hecho lo propio con respecto a Convenios más actualizados de Seguridad Social, a saber, el Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (núm. 121), el Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967 (núm. 128), y el Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969 (núm. 130). (Kulke, Ursula, (Departamento de Seguridad Social, OIT Ginebra), “Posible ratificación del Convenio sobre Seguridad Social de la OIT (norma mínima), 1952 (N° 102) por parte de Uruguay”, Montevideo, agosto de 2009, p. 2).

pasado, donde se establecen las siguientes ramas o riesgos sociales: i) asistencia médica; ii) prestaciones monetarias de enfermedad; iii) prestaciones de desempleo; iv) prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivencia; v) prestaciones en caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional; vi) prestaciones familiares; y vii) maternidad.

La OIT ha desarrollado y profundizado la regulación en varias de las ramas previstas en el CIT N° 102, como es el caso del Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969 (núm. 130)⁽⁷⁾, el Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988 (núm. 168)⁽⁸⁾, el Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967 (núm. 128)⁽⁹⁾, el Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (núm. 121)⁽¹⁰⁾ y el Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183)⁽¹¹⁾

Sostiene Mesa-Lago –en criterio que compartimos– que estos instrumentos contienen los principios básicos convencionales de la OIT que rigieron en el mundo sin ningún reto significativo hasta fines del decenio del ochenta del siglo pasado⁽¹²⁾. Precisamente, la reforma previsional chilena de 1981 constituye la primera experiencia de privatización del sistema en América Latina y en el mundo que inauguró un tiempo de reformas similares en nuestro continente.

En la Conferencia Internacional del Trabajo de 2001 la Organización se propuso “extender las medidas de Seguridad Social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa”, al mismo tiempo que sostuvo “no existe un modelo único de Seguridad Social”⁽¹³⁾.

Por su parte, Perú lo ratificó y se encuentra en vigor desde el 23 de agosto de 1961 y ha aceptado las partes II, III, V, VIII y IX. En virtud del párrafo 1 del artículo 3 del Convenio, el Gobierno se acoge a las excepciones temporales que figuran en los artículos 9,d); 12,2; 15,d); 18,2; 27,d); 48,c) y 55,d); Chile, en cambio, no lo ha ratificado.

- (7) Dicho Convenio fue ratificado por Uruguay mediante la Ley N° 14.119 de 30.IV.1973 y se encuentra en vigor desde el 28 de junio de 1973; en cambio, ni Chile, ni Perú lo han ratificado.
- (8) Convenio no ratificado por ninguno de los tres países examinados.
- (9) Dicho Convenio fue ratificado por Uruguay mediante la Ley N° 14.117 de 30.IV.1973 y se encuentra en vigor desde el 28 de junio de 1973; en cambio, ni Chile, ni Perú lo han ratificado.
- (10) Convenio ratificado por Chile que se encuentra en vigor desde el 30 de setiembre de 1999 y por Uruguay mediante la Ley N° 14.116 de 30.IV.1973 y se encuentra en vigor desde el 28 de junio de 1973; en cambio Perú no lo ha ratificado.
- (11) Convenio no ratificado por ninguno de los tres países examinados; en cambio Chile y Uruguay ratificaron el Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103) y se encuentra en vigor desde 14 octubre 1994 y el 18 marzo 1954, respectivamente.
- (12) Mesa-Lago, Carmelo, “Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la Seguridad Social”, en CEPAL, Serie financiamiento del desarrollo, Santiago de Chile, 2004, p. 12.
- (13) Mangarelli, Cristina, “Seguridad social y Protección social ante el desafío de la extensión de la cobertura: ¿Una nueva etapa de la Seguridad Social?”, p. 3.
(<http://www.asociacion.org.ar/editorial/abril09/Mangarelli.pdf>).

Últimamente, la OIT ha aprobado la Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202), ante la imposibilidad de alcanzar consensos para actualizar el emblemático Convenio sobre la Seguridad Social (norma mínima), 1952 (núm. 102)⁽¹⁴⁾.

En el Preámbulo de dicha Recomendación se reafirma que el derecho a la Seguridad Social es un derecho humano y una herramienta importante para prevenir y reducir la pobreza, la desigualdad, la exclusión social y la inseguridad social, para promover la igualdad de oportunidades, la igualdad de género y la igualdad racial y para apoyar la transición del empleo informal al empleo formal.

Asimismo, se consigna que la Seguridad Social es una inversión en las personas, que potencia la capacidad de estas para adaptarse a los cambios de la economía y del mercado de trabajo, y que los sistemas de Seguridad Social actúan como estabilizadores sociales y económicos automáticos, ayudan a estimular la demanda agregada en tiempos de crisis y en las etapas posteriores, y ayudan a facilitar la transición hacia una economía más sostenible.

También nos recuerda que la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa reconoce que “los compromisos y esfuerzos de los Miembros y de la Organización para poner en práctica el mandato constitucional de la OIT, en particular mediante las normas internacionales del trabajo, y para situar el empleo pleno y productivo y el trabajo decente como elemento central de las políticas económicas y sociales, deberían basarse en [el objetivo de] ii) adoptar y ampliar medidas de protección social [...] que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales, con inclusión de la ampliación de la Seguridad Social a todas las personas”.

Finalmente, establece que, entre otros aspectos, la Recomendación proporciona orientaciones a los miembros para: a) establecer y mantener, según proceda, pisos de protección social como un elemento fundamental de sus sistemas nacionales de Seguridad Social, y; b) poner en práctica pisos de protección social en el marco de estrategias de extensión de la Seguridad Social que aseguren progresivamente niveles más elevados de Seguridad Social para el mayor número de personas posible, según las orientaciones de las normas de la OIT relativas a la Seguridad Social.

(14) OIT, Seguridad social: un nuevo consenso, 1ª ed., Ginebra, 2002; OIT, Documento 2, Establecimiento de normas de Seguridad Social en una sociedad global, 2008. OIT, Documento 7, Seguridad social para todos. Una inversión en la justicia social y en el desarrollo económico, 2009. OIT, Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa, Conferencia Internacional del Trabajo 101.ª reunión 2012.

Debe destacarse en este punto la importancia del aporte del Grupo consultivo sobre el Piso de Protección Social, liderado por la actual Presidente de la República de Chile, Michelle Bachelet, que fuera constituido en agosto de 2010, a iniciativa de la OIT y con la colaboración de la OMS, en el marco de la Iniciativa del Piso de Protección Social de la Junta de Jefes Ejecutivos del Sistemas de las Naciones Unidas para la Coordinación, con el fin de mejorar su promoción mundial y presentar sugerencias sobre los aspectos conceptuales y de política del Piso Social⁽¹⁵⁾.

Pero a pesar de la enorme contribución que durante casi un siglo ha realizado la OIT en el campo de la Seguridad Social, “solo el 27 por ciento de la población global goza de un acceso a sistemas de Seguridad Social integrales, al tiempo que el 73 por ciento está parcialmente o carece de cobertura”⁽¹⁶⁾. En América Latina se constatan importantes avances en la última década; por ejemplo, en materia de pensiones, la cobertura en el año 2000 era del 51,3 % de los trabajadores, mientras que en el 2012 alcanza el 60,5 %⁽¹⁷⁾, pero con todo dista mucho de ser un nivel de cobertura aceptable.

La irrupción de la idea de la protección social –como afirma Mangarelli– y, más precisamente de los llamados pisos de protección social, constituye una nueva etapa de la Seguridad Social⁽¹⁸⁾.

En suma, a partir de la trayectoria reseñada a nivel de la Seguridad Social internacional podemos afirmar con Schwarzer, Casalí y Bertranou, que la nueva tendencia se centra “en dos ejes a ser promovidos de modo simultáneo: 1) una dimensión horizontal de cobertura, que se refiere a la cantidad de personas cubiertas y en la que se destacan, en la mayoría de los países, importantes dificultades para alcanzar a los trabajadores de la economía informal, trabajadores independientes, agrícolas, domésticos y familiares no remunerados; 2) una dimensión vertical de extensión de la cobertura, que trata de la cantidad de ramas de la Seguridad Social ofrecidas en el país y de la calidad de las prestaciones, en las cuales la referencia a ser alcanzada es, al menos, el nivel establecido por el Convenio núm. 102 sobre la norma mínima de Seguridad Social, o, en caso de ser posible, de las

(15) Informe del Grupo Consultivo presidido por Michelle Bachelet, Piso de Protección Social. Para una globalización equitativa e inclusiva, OIT, Ginebra, 2011, p. v.

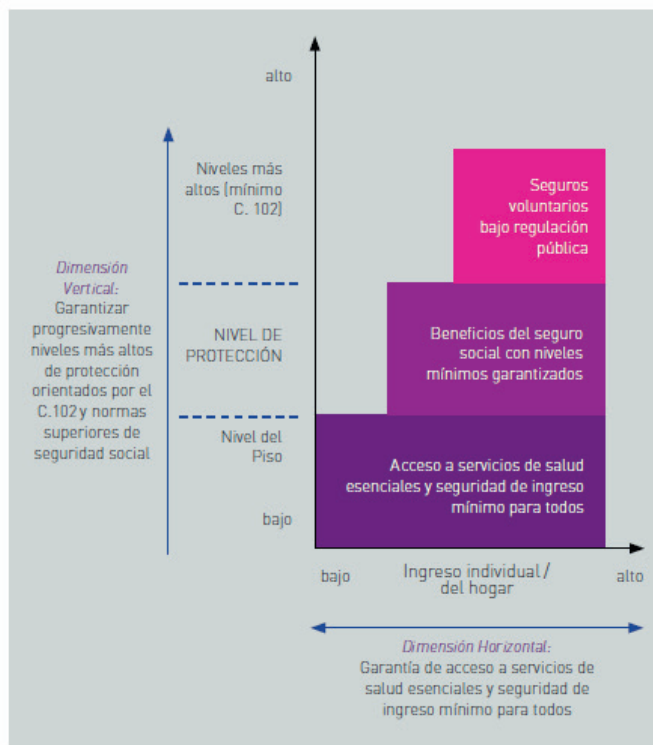
(16) OIT, Informe mundial sobre la protección social, 2014-2015: hacia la recuperación económica, el desarrollo inclusivo y la justicia social, Resumen ejecutivo, Ginebra, 2014, p. 3.

(17) Schwarzer, Helmut – Casalí, Pablo – 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, Lima, 2014, p. 4.

(18) Mangarelli, Cristina, “La cobertura universal del sistema de protección y Seguridad Social y la empleabilidad”, en revista Derecho Laboral N° 230, p. 326.

normas superiores de Seguridad Social de la OIT, por ejemplo, el Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967, (núm. 128)⁽¹⁹⁾.

El cuadro que sigue ilustra perfectamente la idea de la estrategia bidimensional que guía la labor de la Organización Internacional del Trabajo⁽²⁰⁾.



Elaboración: OIT/Departamento de Protección Social.

Ahora bien, de todas las ramas que ha desarrollado la Seguridad Social nos centraremos específicamente en el régimen de pensiones o jubilatorio, por tratarse de la contingencia social que demanda mayores recursos a la sociedad—en Uruguay representa aproximadamente dos tercios del presupuesto general de la Seguridad Social—; y por su influencia en la configuración del resto de los programas de Seguridad Social.

(19) Schwarzer, Helmut—Casalí, Pablo—Bertranou, Fabio (Coordinadores), *La Estrategia de Desarrollo ...*, cit., p. 23.

(20) Schwarzer, Helmut—Casalí, Pablo—Bertranou, Fabio (Coordinadores), *La Estrategia de Desarrollo ...*, cit., p. 24.

III. LAS REFORMAS DE LOS SISTEMAS DE PENSIONES EN AMÉRICA LATINA: LOS CASOS DE CHILE, PERÚ Y URUGUAY

Los sistemas de pensiones existentes en América Latina en la década del setenta del siglo pasado presentaban múltiples problemas, tanto a nivel financiero, de gestión, como de diseño. En el caso de los países que habían sido pioneros en la implementación de los seguros sociales, como es el caso de Chile y de Uruguay⁽²¹⁾, entre otros, ya tenían sistemas maduros con los consiguientes impactos en sus finanzas.

En doctrina nacional, sostuvo con gran lucidez Anuar Francés en 1980 que: “Los regímenes de Seguro Social latinoamericanos, no cumplen sus metas redistributivas. Existen indicadores de que en algunos países industrializados tampoco se logra dicho objetivo, en la medida deseable –por ejemplo: en Gran Bretaña y los EE.UUU.-, pero en nuestros países la Seguridad Social aparece “como una fuerza obviamente regresiva.” Y agregaba el autor: “La distribución del ingreso per cápita en su interior, es más inequitativa aún que la ya injusta concentración existente a escala nacional.”⁽²²⁾

Respecto de Chile, sostiene García Sámano que en la década del 70, “La reforma era necesaria debido a que el sistema previsional resultaba muy costoso para empleados y empleadores; la existencia de numerosas cajas implicaba una administración costosa e ineficiente; las pensiones sufrían significativas desvalorizaciones; no existía un orden preestablecido en cuanto a la financiación de los servicios y los beneficios otorgados; el sistema era discriminatorio; dados los diferentes requisitos para afiliarse, tasas de cotización, conceptos para determinar invalidez, servicios prestados y mecanismos de reajustabilidad de la pensiones; no cubría a la totalidad de los trabajadores y los recursos eran insuficientes”⁽²³⁾.

(21) Mesa-Lago, Carmelo–Bertranou, Fabio, Manual de economía de la Seguridad Social, CLAEH, Mdeo., 1998, p.30

(22) Francés, Anuar, “La Seguridad Social en América Latina. Doctrina y realidad”, en revista del CLAEH, N° 15, Mdeo., 1980, p. 14.

(23) García Sámano, Federico, “Panorama general de la Seguridad Social chilena”, en Mendizábal Bermúdez (Coordinadora), “Reflexiones sobre la financiación de la Seguridad Social, CIESS, México D.F., 2006, p. 18. Señala el autor que a fines de 1979 había 32 instituciones previsionales, que daban origen a más de cien regímenes diferentes, los cuales agrupaban a los trabajadores según sectores económicos específicos. Por otro lado, los trabajadores que habían hecho aportaciones sobre salarios crecientes podían obtener beneficios superiores a los ingresos constantes, a pesar de que el total de aportaciones durante toda su vida hubiera sido idéntico, dado que para el cálculo de la pensión se consideraban los últimos años de trabajo.” (ob. cit., p. 25). V. Ruezga, Antonio (compilador), El nuevo derecho de las pensiones en América Latina, Biblioteca CIESS, México D.F., 2005, en particular el capítulo a cargo de Hugo Cifuentes Lillo, p. 93-150. Arenas de Mesa, Alberto, Historia de la Reforma Previsional Chilena, OIT, 2010, p. 19 y ss.

En el caso de Perú, señala Neves Mujica que, “una severa crisis afectaba a la previsión social hacia fines de la década de los ochenta. Sin duda que la indebida disposición por los sucesivos gobiernos de los fondos del Seguro Social del Perú, primero, y del Instituto Peruano de Seguridad Social, después, para fines ajenos y en cuantía incalculable, es un factor muy relevante en el desencadenamiento de dicha crisis. Frente a ella, habían surgido dos enfoques que diferían acerca de sus causas y, por tanto, de la viabilidad de su superación, así como de los medios para lograrla: para unos, la situación podía corregirse mediante algunas modificaciones legislativas, una mejor gestión administrativa, otra voluntad política del gobierno, etc.; para otros, en cambio, la cuestión era insalvable y solo cabía otorgar un mayor margen de acción a la empresa privada en la cobertura de la salud y de las pensiones. Queda claro que esta tesis fue la que terminó imponiéndose cuando se instaló el régimen de Fujimori a mediados de 1990”⁽²⁴⁾.

En Uruguay estaban presentes una serie de problemas (financieros, demográficos, evasión, diseño normativo, etc.⁽²⁵⁾), pero el elemento que desencadenó el proceso de reforma del sistema previsional –por su impacto en el presupuesto de la Seguridad Social⁽²⁶⁾– fue la reforma constitucional de 1989⁽²⁷⁾, por la que se crea un régimen de revaluación de las pasividades que se basa, como mínimo, en el Índice Medio de Salarios, a efectuar en la oportunidad que se establezcan ajustes o aumentos en las remuneraciones de los funcionarios de la Administración Central⁽²⁸⁾. A dicha reforma le siguió otra –en 1994– que anula

(24) Neves Mujica, Javier, “Los sistemas públicos y privados de pensiones: de la relación alternativa a la complementaria”, en *Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional*, II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Arequipa, 1, 2 y 3 de noviembre de 2006, SPDTSS, p. 824. En términos coincidentes señala Leopoldo Gamarra Vilchez: “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” (Gamarra Vilchez, Leopoldo, “La Seguridad Social: del Estado de necesidad al Estado de bienestar”, en revista *Laborem*, Lima, 2015, N° 15 / 2015, p. 27). Corresponde consignar que el régimen preexistente a la reforma era el disciplinado por el Decreto Ley 19.990 de 24 de julio de 1973.

(25) Saldain, R., *Reforma ...*, cit., p. 26-34.

(26) Corresponde indicar que desde la recuperación de la vida democrática, a partir del 1 de marzo de 1985, se hicieron varios intentos de reforma del régimen instituido por el llamado Acto Institucional N° 9, de 23 de octubre de 1979. Para un estudio del proceso político de la reforma previsional puede consultarse: Busquets, José Miguel, *Análisis comparado de las reformas de la Seguridad Social en el cono sur y Bolivia (1981-1995)*, Lapzus, p. 109 y ss; Saldain, Rodolfo, *Reforma jubilatoria*, FCU, Mdeo., 1995, p. 78-79.

(27) Existen otras explicaciones de la reforma de 1995, por ejemplo, Lagomarsino la encuentra en la pretensión de desarrollar un mercado de capitales (Lagomarsino, Gabriel, “Una visión de la reforma en la Seguridad Social uruguaya”, en *La Seguridad Social en el Uruguay de hoy, Una visión social*, ERT, 1997, p. 25).

(28) El art. 67 de la Constitución dispone en su inciso 2: “Los ajustes de las asignaciones de jubilación y pensión no podrán ser inferiores a la variación del Índice Medio de Salarios, y se efectuarán en las mismas oportunidades en que se establezcan ajustes o aumentos en las remuneraciones de los funcionarios de la Administración Central”.

la llamada ‘mini reforma’ instaurada por la Ley N° 16.320 de 3 de noviembre de 1992, entre otras normas, por haberse insertado en una Ley de rendición de cuentas presupuestal⁽²⁹⁾.

Es interesante recordar el acuerdo alcanzado el 24 de febrero de 1995 en la Comisión de Seguridad Social de la Cámara de Representantes, con la firma de los representantes del Partido Colorado, Partido por el Gobierno del Pueblo, Partido Nacional y Nuevo Espacio⁽³⁰⁾, en el que se establece: “es necesaria una profunda reforma del Sistema de Previsión Social (jubilaciones y pensiones) para darle seguridad jurídica y económica, tanto a activos como a pasivos, en un marco de equidad individual y social, garantizando el pago de las pasividades actuales y asegurando a los afiliados y, particularmente, a los jóvenes, una jubilación digna.”⁽³¹⁾ En el documento no aparecía ninguna referencia al régimen de capitalización que finalmente se terminó aprobando o al menos de forma explícita⁽³²⁾. Ahora bien, luego la reforma adquiere un perfil más liberal, aunque no tan radical como aspiraban algunos actores⁽³³⁾, y el 3 de setiembre de 1995 se promulga la Ley N° 16.713.

Como notablemente sostiene Lujan, refiriéndose al proceso de negociación de la reforma previsional uruguaya, “es una reforma sin héroes pero con arquitectos; sin una visión centrada en modelos previsionales puros, pero con pragmatismo; con exclusión de actores al recabar apoyos políticos y neutralización de los

(29) Ferreira-Coimbra, Natalia -Forteza, Álvaro, *Protección Social en Uruguay. Financiamiento, Cobertura y Desempeño (1990-2002)*, OIT, Santiago de Chile, 2004, p. 47. Señala Forteza que “Las reformas de la Seguridad Social han estado fuertemente condicionadas por los problemas de solvencia del sistema a largo plazo. La tendencia al crecimiento del gasto en Seguridad Social que se observa en casi todos lados se vio reforzada en el caso uruguayo por el aumento de las prestaciones que se produjo después del plebiscito de 1989 que introdujo la indexación de las jubilaciones en la constitución de la república. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que el sistema no estaba estrictamente en crisis financiera cuando se iniciaba la reforma”. (Forteza, Álvaro, “Entendiendo la reforma de la Seguridad Social en Uruguay”, en *Revista Estudios de la Seguridad Social* N° 96, AISS, Oficina Regional para las Américas, Buenos Aires, 2005, p. 11).

(30) El acuerdo no alcanzó al actual partido de gobierno, el Frente Amplio.

(31) Saldain, R., *Reforma ...*, cit., p. 79-89.

(32) Podría inferirse el propósito de crear un régimen de capitalización en expresiones tales como: la necesidad de la “equidad individual”, o en la referencia a “un sistema basado, total o parcialmente en el reparto”, lo que podría dar a entender que en parte podía no ser de reparto, pero tales lineamientos podían perfectamente cumplirse en el marco de un régimen de reparto.

(33) Señala Ernesto Murro, actual Ministro de Trabajo y Seguridad Social, entonces director del Banco de Previsión Social en representación de los trabajadores, que “La reforma en Uruguay no fue peor por la historia de la izquierda y de los movimientos sociales. Si fuera por Jorge Batlle y por Lacalle, la reforma de Uruguay era igual a la de Chile. Tuvieron que atenuarla por causa de la oposición de los movimientos sociales y la izquierda”. (ERT, *Caminando, Los trabajadores y la Seguridad Social en Uruguay*, Mdeo., 2011, p. 72). Señala Elías Bluth, Secretario de la Presidencia de la República entre 2000 y 2005, que “Lacalle y Batlle eran partidarios del modelo chileno.” (Luján, Carlos, *El proceso de negociación de la reforma de la Seguridad Social en Uruguay*, UDELAR, 2011, Mdeo., p. 184). El autor asigna a los doctores Sanguinetti, Presidente de la República, Volonté, Presidente del Directorio del Partido Nacional, y Batalla, Vicepresidente de la República, el papel de haber moderado los términos de la reforma. (Luján, Carlos, *El proceso ...*, cit., p. 184). Busquets, J. M., *Análisis comparado ...*, cit., p. 118.

actores sociales al definir los alcances de la reforma; con éxito parlamentario a la hora de ser aprobada y con capacidad de conjurar en forma muy eficiente iniciativas populares para su derogación; con asimetrías de poder muy notorias pero inclusivas de todos los actores de la coalición de gobierno e incluso de partidos de centro y centro izquierda, a la hora de su ratificación parlamentaria”⁽³⁴⁾.

En esos contextos se llevan adelante las reformas de los sistemas de pensiones de nuestros países, con las repercusiones, todavía, de la crisis del Estado de bienestar keynesiano del mundo desarrollado, a consecuencia de la crisis del petróleo de 1973⁽³⁵⁾, y el resurgimiento del pensamiento neoliberal⁽³⁶⁾. En el caso de Chile la reforma se lleva adelante en plena dictadura de Pinochet, en el caso de Perú bajo la presidencia de Fujimori, en su fase dictatorial, indica Neves Mujica⁽³⁷⁾, y en nuestro país, en democracia durante el segundo período de gobierno de Sanguinetti⁽³⁸⁾.

El conjunto de reformas previsionales ensayadas en América Latina, entre los ochenta y noventa del siglo pasado, tuvieron muchas similitudes, pero también sus diferencias; por esa circunstancia resulta particularmente esclarecedora la clasificación que realiza Mesa-Lago, cuando agrupa las reformas en tres modelos generales: el sustitutivo, el paralelo y el mixto⁽³⁹⁾. El modelo sustitutivo, caracterizado por ser aquel que cierra el sistema público para ser sustituido por un sistema privado; es el caso emblemático y pionero del sistema chileno⁽⁴⁰⁾. El modelo paralelo es aquel donde el sistema público no se cierra, sino que compite en paralelo con el sistema privado; categoría en la que se ubica precisamente la reforma peruana⁽⁴¹⁾. Por último, el modelo mixto es aquel que consta de dos pilares, un de carácter público, y otro de carácter privado que lo complementa; modelo que fue escogido por la reforma uruguaya⁽⁴²⁾.

(34) Luján, Carlos, El proceso de negociación ..., cit., p. 220.

(35) Vida Soria, José Monereo Pérez, José Luis –Molina Navarrete, Cristóbal y Quesada Segura, Rosa, Manual de Seguridad Social, 4 edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2008, p. 34.

(36) Barbagelata, Héctor-Hugo, Los particularismos ..., cit., p. 137 y ss.

(37) Neves Mujica, Javier, “Los sistemas ...”, cit. p. 826.

(38) El Dr. Julio María Sanguinetti, perteneciente al Partido Colorado, fue Presidente de la República entre 1985 y 1990; luego le sucede el Dr. Luis Alberto Lacalle, perteneciente al Partido Nacional, entre 1990 y 1995. En las elecciones de noviembre de 1994 es reelecto Presidente de la República el Dr. Julio M. Sanguinetti para el período 1995 al 2000.

(39) Mesa-Lago, Carmelo, “La reforma de pensiones en América Latina. Modelos y características, mitos y desempeños, y lecciones”, en AAVV, “¿Públicos o privados? Los sistemas de pensiones en América Latina después de dos décadas de reformas”, Nueva Sociedad, Caracas, 2004, p. 21.

(40) La reforma del sistema previsional chileno se inicia a partir del 1º de mayo de 1981, en el marco de lo previsto por el decreto Ley núm. 3.500 de 4 noviembre de 1980. Este tipo de reforma también se ensaya en Bolivia y México, ambos en 1997, El Salvador en 1998, Nicaragua en 2003 y República Dominicana entre 2003 y 2005.

(41) La reforma peruana (Decreto Ley 25897 de 6 de diciembre de 1992) se inicia en 1993 y comparte características similares con la reforma colombiana iniciada un año después.

(42) La reforma uruguaya se inicia el 1 de abril de 1996 (Ley N° 16.713 de 3.IX.1995) y compartió algunas

La reforma previsional chilena de 1981 supuso la creación de un régimen de pensiones basado en la capitalización individual, para aquellos afiliados que se incorporaron al mercado de trabajo, a partir del 1 de enero de 1983, sin perjuicio de aquellos que, habiéndolo hecho con anterioridad a dicha fecha, optaron voluntariamente por el referido régimen⁽⁴³⁾.

La gestión del sistema se estructuró a partir de las Administradoras de Fondos de Pensión (AFP), sociedades anónimas especiales, que recaudan, administran y pagan prestaciones, bajo la Superintendencia de AFP.

El sistema fue concebido con la afiliación obligatoria para los trabajadores subordinados, sean del sector privado o público, y con la adscripción voluntaria para los no subordinados (independientes); la tasa de aporte del trabajador se fijó en el 10 % de las remuneraciones y el patrono no realiza aportes⁽⁴⁴⁾.

Desde el inicio de la reforma existen cinco Fondos de Pensiones, que eligen los afiliados, previéndose algún tipo de restricción a partir de los 56 o 51 años de edad, en el caso del hombre y la mujer, respectivamente.

Para adquirir derecho a la pensión de vejez normal se requieren, en el caso del hombre; 65 años de edad y 20 años de servicios; mientras que, en el caso de la mujer se exigen: 60 años de edad y 20 años de servicios.

Las modalidades de pensión pueden ser: i) como un retiro programado (art. 65 del DL 3.500), mecanismo donde el afiliado autoriza a la AFP para que retire una cantidad de dinero definida de su cuenta, con la que se financia una pensión anual pagada en mensualidades; ii) como una renta vitalicia inmediata (art. 62 del DL 3.500) que supone la transferencia del ahorro a una compañía de seguros⁽⁴⁵⁾, entidad que luego sirve una pensión mensual vitalicia en Unidades de Fomento y, en su caso, pensiones de sobrevivencia; iii) renta temporal con renta vitalicia diferida (art. 64 del DL 3.500), concebida como una combinación de las dos modalidades anteriores; y, finalmente, renta vitalicia inmediata con retiro programado (art. 62 bis del DL 3.500), como una pensión por la cual el afiliado contrata con una compañía de seguros una renta vitalicia inmediata con una parte del saldo de la cuenta individual, acogiéndose con la parte restante a retiro programado⁽⁴⁶⁾.

similitudes con la reforma argentina de 1994 y la costarricense de 2001. Como se sabe el sistema de pensiones argentino se re estatiza a finales de 2008 (V. Nicolielo, Ariel, "La eliminación de la capitalización en la Argentina (Ley N° 26.425)", en revista Derecho Laboral N° 233 p. 55 y ss.).

(43) Cifuentes Lillo, Hugo, en Ruezga, Antonio (compilador), El nuevo derecho de las pensiones en América Latina, Biblioteca CIESS, México D.F., 2005, p. 130.

(44) El empleador aporta el 1,41 % de la masa salarial para el Seguro de Invalidez y Sobrevivencia.

(45) Es la modalidad más semejante al tipo de prestaciones que se sirve en el sistema uruguayo.

(46) Cifuentes Lillo, Hugo, en Ruezga, Antonio (compilador), El nuevo derecho ..., cit., p. 133-134.

La reforma previsional peruana del año 1993, como ya se dijo, no eliminó el régimen anterior (Decreto Ley N° 19.990), llamado Sistema Nacional de Pensiones, administrado por el Estado bajo un régimen financiero de reparto; por ende coexiste con el Sistema Privado de Pensiones que instaura el Decreto Ley 25.897 de 6.XII.1992, gestionado por personas jurídicas privadas, llamadas Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones (AFP), bajo un régimen financiero de capitalización individual, sin perjuicio de la existencia de otros regímenes de menor alcance subjetivo (Decreto Ley N° 20.530 correspondiente a determinados servidores públicos).

El afiliado puede optar por uno u otro régimen al momento de ingresar el mercado de trabajo⁽⁴⁷⁾.

El sistema es obligatorio para los trabajadores dependiente del sector formal y voluntario para los independientes o informarles. La tasa de aportación es del 10 % de la masa salarial, y es de cargo exclusivo del trabajador.

En cuanto a las prestaciones –jubilación, pensión por invalidez y pensión por fallecimiento– podemos indicar que pueden gozarse en alguna de las siguientes modalidades: i) Retiro programado; ii) Renta Vitalicia Familiar; y iii) Renta Temporal con Renta Vitalicia Diferida. En este punto la reforma peruana se aproxima mucho más al régimen chileno que al uruguayo, como veremos a continuación.

El sistema no prevé ningún sistema de presiones no contributivas.

En grandes trazos podemos señalar que la reforma previsional uruguaya del año 1995, instituye, para los afiliados que al 1 de abril de 1996 tenían menos de 40 años, un régimen mixto integrado por el régimen de solidaridad intergeneracional y el régimen de capitalización individual. Asimismo, para los afiliados que tenían a la misma fecha 40 o más años de edad, creó el llamado régimen de transición.

Dicha reforma fue simultáneamente paramétrica y estructural; la primera caracterización surge de la circunstancia de haberse modificado el régimen tradicional de seguro social haciendo más severos los requisitos de acceso a las prestaciones (aumento de los años de servicios [de 30 a 35 años]; aumento de la edad de retiro para la mujer [de 55 a 60 años]; reducción de la tasa de reemplazo;

(47) Noelia Bernal-Ángel Muñoz-Hugo Perea-Johanna Tejada y David Tuesta, Una mirada al sistema peruano de pensiones. Diagnóstico y propuestas, BBVA, 2008, p. 26.

En el caso de Perú la cobertura se ubica por debajo del 30% (ob. cit., p. 13).

modificación de la forma de cálculo del sueldo básico jubilatorio; etc.), tanto en el régimen mixto, como en el de transición; y la segunda por haber introducido un pilar de capitalización individual de prestaciones indefinidas administrado por entidades privadas de naturaleza comercial.

El régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional, administrado por el Banco de Previsión Social, brinda prestaciones definidas financiadas en un régimen de reparto asistido, sobre la base del siguiente diseño: a) el aporte personal del 15 % (montepío) de las asignaciones computables comprendidas en el primer tramo o pilar que va hasta los \$ 5.000 (\$ 43.810 a valor enero de 2016, monto algo superior a los U\$S 1.400); b) el aporte patronal del 7,5% de las asignaciones computables comprendidas en el primer y segundo tramo de ingresos que alcanza hasta los \$ 15.000 (\$131.430 a valor febrero de 2016, monto algo superior a los U\$S 4.200). Además, cuenta con los recursos fiscales derivados de más de una tercera parte de la recaudación del Impuesto al Valor Agregado, el cien por ciento de la recaudación del Impuesto de Asistencia a la Seguridad Social (I.A.S.S.⁽⁴⁸⁾) que grava a las pasividades (jubilaciones y pensiones) superiores a \$ 26.720 (enero 2016, monto algo superior a los U\$S 860) y, si resultare necesaria, la asistencia financiera del Estado (art. 67 de la Constitución de la República).

El régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio cuenta con dos protagonistas: la Administradora de Fondos de Ahorro Previsional y la Compañía de Seguros, que actúan bajo la superintendencia del Banco Central del Uruguay. Dicho régimen brinda prestaciones indefinidas y se organiza con base en la técnica de la capitalización individual. Se financia con el montepío personal (obrero) correspondiente al tramo de ingresos que superan los \$ 5.000 (\$ 43.810 a valor enero de 2016) y hasta los \$ 15.000 (\$131.430 a valor febrero de 2016). Existe a su vez, un tercer pilar de carácter voluntario y complementario del segundo para los ingresos que exceden de los \$ 15.000 (\$131.430 a valor febrero de 2016).

El artículo 8 de la Ley permite a los afiliados comprendidos enteramente en el primer tramo de ingreso, optar por quedar comprendido en el régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio, por sus aportaciones personales correspondientes al 50 % de sus asignaciones computables. Asimismo, la misma norma dispone que los afiliados con ingresos ubicados en el sub tramo \$ 5.000 y \$ 7.500 (\$ 43.810 y \$ 65.715), podrán ejercer la opción de aportar al régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio por el 50% de sus asignaciones computables

(48) Ley N° 18.314 de 4 de julio de 2008.

comprendidas en el tramo de hasta \$ 5.000, mientras que el aporte correspondiente a la diferencia se asigna al régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional.

El total de los aportes volcados al régimen de capitalización individual, deducidas las comisiones de la Administradora de Fondos de Ahorro Previsional, e incrementado por la rentabilidad de las inversiones realizadas por la Administradora, es el capital que se transfiere a la compañía de seguros que elige el afiliado⁽⁴⁹⁾, a fin de que esta le sirva una prestación vitalicia (única modalidad posible), sea cuando cesa para ampararse a la jubilación o cuando el afiliado cumple 65 años de edad, aunque no se haya amparado a la jubilación. Para el cálculo del monto de la prestación se emplean tablas de expectativa de vida por sexo y edad fijadas por el Banco Central del Uruguay⁽⁵⁰⁾.

La recaudación de los recursos correspondientes a ambos pilares recae exclusivamente en el Banco de Previsión Social; posteriormente, el organismo se encarga de desglosar los recursos correspondientes a cada uno de los regímenes que conforman el sistema mixto, de acuerdo a los parámetros antes explicados.

En este trabajo tenemos la oportunidad de observar la evolución que han tenido dichas reformas después de un proceso de maduración significativo, de 35 años en el caso de Chile, de 23 años en el caso de Perú y de 20 años en el caso de Uruguay.

IV. LA EVALUACIÓN DE LAS REFORMAS LIBERALES

El Banco Mundial, principal promotor de la privatización de la Seguridad Social⁽⁵¹⁾, reconoce en el año 2004 que las reformas no han alcanzado los principales objetivos que se habían propuesto⁽⁵²⁾, esto es: el aumento de la cobertura⁽⁵³⁾,

(49) Desde el año 2006, como consecuencia del retiro de las compañías privadas por razones de conveniencia comercial, la única compañía de seguros que toma el riesgo previsional es el Banco de Seguros del Estado.

(50) La tabla vigente es la aprobada por el Banco Central del Uruguay, en la Circular N° 2.111, de 27 de junio de 2012, en particular nos referimos a la prevista en el art. 101.

(51) Banco Mundial, *Envejecimiento sin crisis*, 1994. Uthoff, Andras, *Reforma al sistema de pensiones chileno*, CEPAL, Santiago de Chile, 2011, p. 9.

(52) Banco Mundial, “Manteniendo la promesa de seguridad de los ingresos en la vejez en América Latina”, 2004.

(53) Señala el B.M. que “pese a las mejoras iniciales en los incentivos, la cobertura sigue siendo baja en la mayoría de los países, incluso mucho tiempo después de haberse introducido las cuentas individuales.” (Banco Mundial, *En breve*, Octubre 2004, N° 53, p. 1).

la sostenibilidad fiscal del sistema⁽⁵⁴⁾, el desarrollo de mercado de capitales⁽⁵⁵⁾, mayor equidad y mejora del bienestar social.

Señala Uthoff que “el Banco Mundial ha reconocido que los desequilibrios fiscales fueron la principal causa para que los países realizaran reformas a sus sistemas de pensiones. Sin embargo, también asume su error al no proveer una orientación más adecuada a las necesidades de cada país en el desarrollo de cada proyecto de reforma, luego de asignar 5.400 millones de dólares para préstamos vinculados a estas reformas. Las principales debilidades identificadas fueron la falta de un perfil detallado de las condiciones de vida de los adultos mayores, el diseño adecuado de las pensiones de sobrevivencia e invalidez, los aspectos políticos de las reformas, y una subestimación del papel clave que juegan el crecimiento de la cobertura y la ausencia de énfasis en la importancia de mejorar la administración de los sistemas públicos existentes”⁽⁵⁶⁾.

Por su parte, la CEPAL sostuvo en el año 2006 que “los datos recientes permiten concluir que, contrariamente a lo que se anticipaba, la incorporación de componentes de capitalización no se tradujo en mayores niveles de participación contributiva. Este fenómeno responde a la baja capacidad de ahorro a largo plazo de segmentos importantes de la población. En ausencia de reformas que fortalezcan los componentes no contributivos de los sistemas previsionales, los grupos más desprotegidos (y especialmente las mujeres) se mantendrán al margen de los sistemas contributivos o recibirán pensiones de mala calidad debido a la frecuencia relativamente baja de sus aportes y, en el caso de los quintiles más pobres, a la tendencia a postergar estos aportes hasta etapas avanzadas de la vida laboral”⁽⁵⁷⁾.

Ese balance, claramente negativo, se vio agravado por el agotamiento del modelo neoliberal, con la crisis económico-financiera y social de comienzos del milenio. Crisis que trajo consigo, también, cambios políticos en una buena parte del continente, contexto en el que emerge como una prioridad en la agenda de las políticas públicas, la necesidad de la reforma de los sistemas de pensiones, pero ahora por su marcado déficit en el plano social.

(54) Se reconoce que en varios casos, como por ejemplo en Argentina, los costos de las transiciones fueron mayor a los estimados (Banco Mundial, En breve, ..., cit., 2).

(55) Las inversiones de las Administradoras se han concentrado en instrumentos de deuda pública.

(56) Uthoff, Andras, Reforma al sistema ..., cit., p. 9.

(57) CEPAL, La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad, Santiago de Chile, 2006, p. 130.

En Chile se relevan cuestionamientos al diseño del sistema de pensiones desde 1982⁽⁵⁸⁾, pero comienza a adquirir relevancia política una década después. Señala Arenas que el programa de gobierno para el período 1994-2000⁽⁵⁹⁾ establecía: “La cobertura del sistema es insuficiente y existe un alto grado de concentración. El costo de comercialización es excesivo y con fuerte incidencia en las comisiones”⁽⁶⁰⁾.

Desde nuestra doctrina, sostuvo Grzetich en 1992, a modo de balance del régimen previsional chileno, los siguientes puntos: “la violación de los Convenios Internacionales del Trabajo ratificados por Chile; la existencia del lucro como motor de las AFP; la artificialidad de muchos de los elementos de su aparente éxito, a través de una costosísima inversión del Estado (costos de la transición, costos de la garantía, costos de las prestaciones mínimas garantizadas), la ausencia de seguridad y certeza, de igualdad y de suficiencia, de solidaridad y participación de los interesados...”⁽⁶¹⁾.

En Perú también se ensayan críticas al sistema de pensiones en aspectos vinculados con los siguientes temas: competencia inequitativa entre el sistema público y el privado (todas las reglas favorecen al privado); baja cobertura, inadecuado diseño para los trabajadores informales, baja densidad de cotización, altas comisiones y excesivos costos administrativos, ínfimos aportes voluntarios, configuración de un mercado oligopólico⁽⁶²⁾, entre otras⁽⁶³⁾.

Señalan Bernal, Muñoz, Perea, Tejada y Tuesta⁽⁶⁴⁾ que, en materia de cobertura, los estudios destacan, entre otros aspectos, lo siguiente: i) El índice de

(58) Arellano, José Pablo, Elementos para el análisis de la reforma previsional chilena, serie Colección Estudios CIEPLAN N° 6 (Santiago, CIEPLAN), 1981; Arellano, José Pablo, “Efectos macroeconómicos de la Reforma Previsional Chilena”, en Cuadernos de Economía N° 56 (Santiago, Instituto de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile), abril 1982; ambos trabajos son destacados por Arenas de Mesa, Alberto, Historia de la Reforma Previsional Chilena, OIT, 2010, p. 22 y ss.

(59) Período que corresponde a la Presidencia de Eduardo Frei Ruiz.

(60) Arenas de Mesa, A., Historia ..., cit., p. 28.

(61) Grzetich, Antonio, “El nuevo sistema previsional chileno: un balance ‘en rojo’”, en revista Derecho Laboral N° 169, p. 136 y ss. En la misma dirección un tiempo antes se había pronunciado Oscar Ermida Uriarte (“Realidades y espejismos de las AFP chilenas”, en Revista Gestión, Lima, 1992).

(62) Neves Mujica, Javier, “Los sistemas ...”, cit. p. 829.

(63) También se pueden apreciar cuestionamientos al funcionamiento operativo del sistema, como por ejemplo; elevado número de quejas, demoras en el trámite de los expedientes, desconocimiento de los aportes pensionarios, litigiosidad, tercerización de los trámites, etc., los que son relevados por la Defensoría del Pueblo de la República del Perú (Por un acceso justo y oportuno a la pensión: Aportes para una mejor gestión de la ONp. Serie Informes Defensoriales – Informe N° 135, Lima, 2008). Anteriormente la Defensoría se había ocupado del tema en el Informe Defensorial N° 99 (El futuro de los sistemas de pensiones. Hacia una nueva relación entre el sistema público y el privado, Lima, 2005), donde recomendaba sustituir el carácter alternativo entre los sistemas público y privado por uno de naturaleza complementaria.

(64) Noelia Bernal-Ángel Muñoz-Hugo Perea-Johanna Tejada y David Tuesta, Una mirada al sistema peruano de pensiones. Diagnóstico y propuestas, BBVA, 2008, p. 60.

cobertura entre los trabajadores activos es bajo en la mayoría de países de la región, debido principalmente a los altos niveles de desempleo y a la baja participación de los trabajadores independientes⁽⁶⁵⁾; ii) La falta de cobertura es mayor en los sectores de las pequeñas empresas, en donde es prácticamente inexistente; iii) Entre los empleados del sector público la cobertura es alta, pero llama la atención que en Perú esta no supere niveles de 80 %, evidenciando problemas de cumplimiento en el sector público; iv) Los trabajadores pobres tienen poca o ninguna participación en pensiones y es más grave en las zonas rurales.

Es de destacar el notable desarrollo doctrinario efectuado por Leopoldo Gamarra Vilchez cuando postula con fundamentos la urgencia del pasaje del Estado de necesidad al Estado de bienestar⁽⁶⁶⁾; con la misma solvencia que Álvaro Vidal Bermúdez analiza el Derecho a la Seguridad en la Constitución Política y los Convenios Internacionales⁽⁶⁷⁾.

En Uruguay la reforma generó resistencias en el campo social, fundamentalmente en el movimiento sindical⁽⁶⁸⁾ y en las organizaciones de jubilados y pensionistas⁽⁶⁹⁾, pero también ocurrió lo propio en la arena política, a través de la oposición de izquierdas, representada por el Frente Amplio, actual partido de gobierno desde marzo de 2005.

Además de la oposición social y política al régimen mixto, los estudios académicos y de equipos especializados en la temática desempeñaron un fecundo aporte en la evaluación de la reforma⁽⁷⁰⁾, donde confirman muchos de los pronósticos que se habían realizado en el proceso de reforma, y en particular evidencian una tendencia deficitaria de sus resultado, fundamentalmente, en el plano de la cobertura.

Unos años más tarde Bucheli, Ferreira-Coimbra, Forteza y Rossi analizan la densidad de cotizaciones de una muestra de las historias laborales registradas

(65) En el caso de Perú la cobertura se ubica por debajo del 30% (ob. cit., p. 13).

(66) Gamarra Vilchez, Leopoldo, “La Seguridad Social: del Estado de necesidad al Estado de bienestar”, en revista Laborem, Lima, 2015, N° 15 / 2015, p. 15 y ss.

(67) Vidal Bermúdez, Álvaro, “El Derecho a la Seguridad en la Constitución Política y los Convenios Internacionales”, en revista Laborem, Lima, 2015, N° 15 / 2015, p. 45 y ss.

(68) El PIT-CNT convoca a un plebiscito para impugnar la Ley N° 16.713 de 3 de setiembre de 1995 y no consigue activar el procedimiento de consulta popular.

(69) Colotuzzo, Luis A., “La Seguridad Social en Uruguay”, en La Seguridad Social en el Uruguay de hoy. Una visión social, Representación de los Trabajadores en el Banco de Previsión Social, La República, Mdeo., 1997, p. 85 y ss.

(70) Lagomarsino, G- Lanzilota, B., Densidad de aportes a la Seguridad Social en Uruguay, ERT en BPS, 2004; Mesa-Lago, Carmelo, “Evaluación de los efectos de las reformas estructurales de pensiones en América Latina: análisis especial de Uruguay”, Mdeo., CLAEH, 27-28 de abril de 2004; Nicolliello, Ariel, “Aspectos actuales de la Seguridad Social en el contexto de la crisis”, en revista Derecho Laboral N° 216, p. 245 y ss. Murro Oberlin, Ernesto, El dilema de la Seguridad Social en el Cono Sur, OIT, Lima, 2004.

y concluyen en que: “existe un alto riesgo de que un porcentaje muy significativo de los trabajadores registrados en la historia laboral del BPS no logren alcanzar el requisito de 35 años de servicios al llegar a las edades usuales de retiro⁽⁷¹⁾. Como cabía esperar, el problema es sensiblemente mayor en el sector privado y en los trabajadores de menores ingresos, que en el sector público y en los trabajadores de mayores ingresos. Las diferencias encontradas entre hombres y mujeres son significativas, pero de menor magnitud y de signo cambiante a través de las estimaciones.”⁽⁷²⁾

V. LAS REFORMAS DE LAS REFORMAS LIBERALES

A partir de las evaluaciones de las reformas antes referidas, se inicia un proceso de reflexión con mayores énfasis en lo social.

En Chile, la reforma del sistema de pensiones se incorpora en la campaña presidencial de 2005 en un lugar central y es asumido personalmente por la Presidente electa, Michelle Bachelet.

Es importante destacar que el proceso de reforma chileno, además de sustanciarse en el marco de un proceso democrático, con amplia participación de los partidos políticos, también se legitima en un proceso de diálogo social con la sociedad civil organizada y con la academia⁽⁷³⁾.

El 1 de julio de 2008 entra en vigencia la reforma que, según Arenas, conforma un nuevo modelo de protección social al integrar tres subsistemas: el de pensiones solidarias (SPS), el de capitalización individual obligatoria (AFP) y el de ahorro previsional voluntario (APV)⁽⁷⁴⁾.

Pero dichas reformas, aun cuando representaron una mejora de la situación, no fue suficiente para alcanzar un nivel aceptable para la sociedad. En abril de 2014 la Presidente, Michelle Bachelet, en su segundo período de gobierno, impulsa nuevamente una reforma del sistema de pensiones, designando una Comisión

(71) Es pertinente recordar que en la Ley N° 16.713 de 3.IX.1995, la causal jubilatoria común se configuraba con 60 años de edad y 35 años de servicios (art. 18).

(72) Bucheli, Marisa; Ferreira-Coimbra, Natalia; Forteza, Álvaro y Rossi, Ianina, El acceso a la jubilación o pensión en Uruguay: ¿cuántos y quiénes lo lograrían?, CEPAL, Serie estudios y perspectivas, Santiago de Chile, 2006, p. 33. A similares conclusiones habían llegado Lagomarsino, G- Lanzilota, B., Densidad de aportes ..., cit.

(73) Informe de la Comisión Marcel, El derecho a una vida digna en la vejez, Hacia un contrato social con la Previsión en Chile, Santiago, 2006.

(74) Ley N° 20.255 publicada en el Diario Oficial de 17 de marzo de 2008. Arenas de Mesa, A., Historia ..., cit. p. 89.

Asesora Presidencial del más alto nivel, formada por economistas, médicos, sociólogos, politólogos y juristas, con la particularidad de contar con muchos expertos extranjeros⁽⁷⁵⁾.

Del trabajo de la Comisión han surgido tres tipos de alternativas: a) la primera, procura fortalecer el pilar solidario, mejorando el pilar contributivo y la igualdad de género, manteniendo los incentivos esenciales de ahorro, inversión, y crecimiento económico que permitan el financiamiento de las pensiones futuras; b) la segunda, busca incrementar la legitimidad del sistema y responder a los principios de la Seguridad Social mediante la creación de un componente de seguro social, basado en la solidaridad entre afiliados y entre generaciones; c) la tercera, se propone dar respuesta a las opiniones expresadas durante el proceso de participación ciudadana, de reformar el sistema hacia uno de reparto puro⁽⁷⁶⁾.

Recientemente, se ha creado un Comité de Ministros con el cometido de realizar el análisis de las propuestas realizadas por la Comisión Asesora Presidencial, para finalmente asesorar a la Presidencia de la República y definir, como se ha señalado, la “hoja de ruta” para los próximos años⁽⁷⁷⁾.

En Perú se han realizado cambios de menor entidad; en el año 2003 se adoptan medidas tendientes a reducir los costos previsionales en el Sistema de Pensiones Peruano, que obliga a las AFP a licitar anualmente el contrato de seguro de invalidez y sobrevivencia que mantienen con las Empresas de Seguros. También se flexibilizan las posibilidades de inversión de las Administradoras (Ley N° 27988), mediante un sistema de Multifondos, en base a la opción que realiza el afiliado y

(75) Ec. David Bravo, Presidente de la Comisión, Dra. Cecilia Albala (Médica Cirujana Prof. Universidad de Chile), Ec. Orazio Attanasio (Prof. de Economía de la University College London), Ec. Nicholas Barr (Prof. de Economía Política, London School of Economics), Ec. Fabio Bertranou (Director de la Oficina de la OIT para el Cono Sur), Dr. Hugo Cifuentes (Prof. de Derecho de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica de Chile), Dra. Regina Clark (Prof. de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad Central de Chile), Ec. Martín Costabal (Miembro del Consejo Asesor Financiero del Ministerio de Hacienda), Ec. Carlos Díaz (Prof. de la Escuela de Administración, Pontificia Universidad Católica de Chile), Ec. Cristián Larraín (Socio del CL Group y Director del Sistema de Empresas Pública), Ec. Costas Meghir (Prof. del Departamento de Economía, Yale University), Dr. Carmelo Mesa-Lago (Abogado y Economista, Prof. Emérito, Universidad de Pittsburgh), Ec. Olivia S. Mitchell (Prof. Wharton School de la Universidad de Pensilvania), Soc. Verónica Montecinos (Prof. Penn State University), Ec. Leokadia Oreziak (Prof. de Warsaw School of Economics), Soc. Joakim Palme (Prof. Universidad de Uppsala, Suecia), Ec. Ricardo Paredes (Prof. Pontificia Universidad Católica de Chile), Polit. Marcela Ríos (PNUD en Chile), Soc. Claudia Robles (CEPAL), Ec. José Luis Ruiz (Prof. Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile), Ec. Claudia Sanhueza (Prof. Universidad Diego Portales), Ec. Jorge Tarziján (Ec. Pontificia Universidad Católica de Chile), Ec. Sergio Urzúa (Ec. Prof. University of Maryland) y Ec. Andras Uthoff (Prof. Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile).

(76) Resumen Ejecutivo del Informe de la Comisión Presidencial sobre el Sistema de Pensiones, Santiago de Chile, setiembre de 2015, p. 18-19.

(77) Macías, Osvaldo (Superintendente de Pensiones), “Sistema de pensiones chileno: diseño del sistema, reformas recientes, principales resultados y propuestas de mejora”, Universidad de Valparaíso, junio 2016.

facilitan los traspasos de fondo de una administradora a otra, a efectos de promover la competencia⁽⁷⁸⁾. De todos modos es preciso subrayar las iniciativas impulsadas desde el laboralismo peruano en dirección a transformar el sistema de pensiones en un sistema mixto (complementario), para superar el modelo alternativo o paralelo⁽⁷⁹⁾.

Uno de los temas debatidos en el últimos años ha sido la obligatoriedad de afiliación de los trabajadores independientes al sistema de pensiones (Ley N° 29.903)⁽⁸⁰⁾, disposición suspendida en el año 2013 (Ley N° 30.082), finalmente derogada por la Ley N° 30.237, que habilita a todo trabajador independiente, menor de 41 años de edad, nacido a partir del 1 de agosto de 1973 y afiliado al Sistema Privado de Pensiones, a solicitar la devolución de sus aportes pensionarios.

En la actual coyuntura Perú se encuentra –precisamente en estas horas– abocado al cambio de gobierno, en el que asumirá como Presidente de la República, el Ec. Pedro Pablo Kuczynski, razón por la que adquieren relevancia las propuestas programáticas planteadas a la ciudadanía, en particular las relativas a la llamada nueva Reforma Previsional, donde propone: primero, la coexistencia de Pensión 65 para trabajadores de estratos socioeconómicos bajos financiada por impuestos, con un segmento privado, que sería obligatorio, pero con mayores beneficios para los trabajadores de mayores ingresos; segundo, extender la política de pensión mínima, introducida por los trabajadores que están en la Oficina de Normalización Previsional (ONP) durante el gobierno de Alejandro Toledo, al segmento privado”. Además de otra serie de medidas tendientes a reducir el costo de las comisiones, el fomento de los aportes voluntarios y la competencia entre las administradoras⁽⁸¹⁾.

En Uruguay, en el año 2007 el Presidente de la República, Tabaré Vázquez, convoca al sistema político, a las organizaciones sociales y a la academia a un “amplio proceso de diálogo sobre la Seguridad Social” para fortalecer “la gobernabilidad democrática” del sistema; asimismo se propuso el objetivo específico de “generar propuestas”, “mejorar la relación y comunicación entre los actores” y “generar insumos para eventuales futuras reformas de corto y largo plazo”⁽⁸²⁾.

(78) Ministerio de Economía y Finanzas. Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales, Los Sistemas de Pensiones en Perú, Lima, mayo 2004, p. 59-60.

(79) Precisamente, el tema III del II Congreso Nacional de la SPDTSS de 2006 era: “Nuevos desafíos del Sistema Previsional Peruano: Modelo Complementario o Alternativo de Pensiones”.

(80) La ampliación de la cobertura previsional y la inclusión obligatoria de los trabajadores independientes fue, precisamente, la temática que abordáramos, conjuntamente con el Prof. Cesar Abanto Revilla, en el IV Encuentro peruano – uruguayo, realizado en Montevideo el 26 y 27 de julio de 2010. V. revista Laborem, Lima, 2011, N° 11 / 2011, p. 315-362.

(81) Plan de gobierno 2016-2021 PPK. Peruanos Por el Kambio, p. 148 (<http://ppk.pe/documentos/plandegobierno.pdf>).

(82) Rodríguez Azcúe, Álvaro, “Caracterización y resultados del diálogo nacional sobre Seguridad Social”, en revista Derecho laboral N° 230, p. 303-312. Baumgartner, José Luis, “El diálogo nacional sobre Seguridad Social”, en Informe N° 13, Mdeo., 2008, p. 5.

Los frutos del diálogo social, luego de nueve meses de trabajo, fueron muy fecundos; por ejemplo, en lo relativo al régimen jubilatorio se acordó revisar los parámetros de acceso a las prestaciones jubilatorias e implementar una jubilación con treinta años de servicios, analizando los restantes parámetros. Dicho acuerdo se tradujo luego, entre otro conjunto de medidas, en la Ley N° 18.395 de 24 de octubre de 2008, por la que se flexibilizaron las causales de acceso a la jubilación.

Es importante destacar que respecto del régimen de capitalización individual, donde se aprecian mayores discrepancias entre los actores sociales y políticos, existió acuerdo en promover mecanismos que faciliten el abatimiento de las comisiones de las AFAP en general y muy especialmente para el caso de los trabajadores/as con bajos salarios.

El impacto de la citada Ley en el aumento de la cobertura comenzó a evidenciarse en las estadísticas de los años siguientes, al punto que en el año 2007 la cobertura efectiva del sistema contributivo era del 76.43 % y en el año 2010 pasa a ser el 83,61 %⁽⁸³⁾.

Paralelamente se desarrolla un proceso de cambios en el ámbito de la asistencia social, comenzando por la creación del Ministerio de Desarrollo Social (Ley N° 17.866), que se ocupará de implementar y gestionar el Plan de Emergencia (Ley N° 17.869) y, a su finalización, el llamado Plan de Equidad (Ley N° 18.172; Ley N° 18.227; Ley N° 18.241).

La transferencia de ingresos no contributivos se canalizó primero, a través del Ingreso Ciudadano (Ley N° 17.869), luego se apeló a ampliación de las Asignaciones Familiares (Ley N° 18.227). Además, se instituyó la Asistencia a la Vejez, dirigida hacia otro sector de la población socialmente vulnerable, consistente en una prestación no contributiva para las personas de 65 años y menores de 70 años, similar a la también antigua pensión vejez creada en 1919, aunque modernizada en el requisito de elegibilidad⁽⁸⁴⁾.

Unos años más tarde, durante el período de gobierno pasado (2010-2015), vuelve a instalarse la necesidad de dar continuidad al diálogo social sobre el sistema de seguridad⁽⁸⁵⁾. En esta ocasión son convocados nuevamente los actores sociales, los partidos políticos y la academia.

(83) Pereira, Clara, “Análisis de cobertura del régimen previsional uruguayo”, en Comentarios de Seguridad Social N° 33, Asesoría General en Seguridad Social, BPS, Mdeo., 2011, p. 87.

(84) Rodríguez Azcúe, Álvaro, “Tendencias recientes en materia de Seguridad Social”, en Informe de Seguridad Social, Mdeo., 2010, N° 16, p. 33.

(85) Rodríguez Azcúe, Álvaro, “Comentarios a la Ley n° 19.162 sobre desafiliación del régimen previsional mixto y revocación del art. 8”, en revista Derecho laboral N° 253, p.79-94.

De dicho proceso surgen nuevos consensos que se materializan en nuevas leyes, como ser: i) Ley N° 19.006 de 16 de noviembre de 2012, que admite, en determinadas condiciones, la compatibilidad entre la jubilación y el trabajo, al tiempo que se promueve la contratación de trabajadores jóvenes⁽⁸⁶⁾; ii) Ley N° 19.160, de 1 de noviembre de 2013, vigente desde el 1 de febrero de 2014, relativa a la jubilación parcial de trabajadores dependientes que supone la disminución de la jornada habitual de labor⁽⁸⁷⁾; o, en caso de hallarse en goce de una jubilación (común o por edad avanzada), mediante el retorno al desempeño de una actividad como trabajador dependiente a tiempo parcial, cesando parcialmente en el goce de la jubilación por servicios de la misma afiliación⁽⁸⁸⁾; iii) finalmente, la Ley N° 19.162, de 1 de noviembre de 2013⁽⁸⁹⁾, que habilita, en determinadas condiciones, la desafiliación del régimen mixto y retorno al régimen de transición (enteramente administrado por el Banco de Previsión Social bajo reglas de reparto puro) y revocación de la opción por el art. 8 de la Ley N° 16.713 (mecanismo que habilita a desglosar los aportes en el régimen mixto, aun cuando el monto de la remuneración no supere el tope correspondiente al régimen de solidaridad intergeneracional); también se introducen una serie de modificaciones al régimen de ahorro individual (tratamiento de los servicios bonificados; procedimiento de asignación de nuevos afiliados al régimen de capitalización que premian a las Administradoras con las comisiones más bajas; facilidades para el traspaso de Administradora; reingreso de jubilados al trabajo; y creación de dos subfondos: uno llamado de Acumulación y el otro de Retiro)⁽⁹⁰⁾.

VI. NUEVAS TENDENCIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En razón de los aspectos considerados en el presente trabajo podemos advertir que, en el ámbito internacional, se constatan las siguientes tendencias:

(86) Ley reglamentada por el decreto N° 163/013 de 28 de mayo de 2013. Nicolielo, Ariel, “Compatibilidad entre jubilación y actividad en la Ley n° 19.006 de 16 de noviembre de 2012”, en revista Derecho Laboral N° 249, p. 71-82.

(87) Nicolielo, Ariel, “La jubilación parcial”, en revista Derecho Laboral N° 253, p. 81-97.

(88) En el proceso de diálogo se tuvo especialmente presente la experiencia española sobre jubilación parcial. De alguna manera se procura retrasar el acceso a la jubilación, al tiempo que el retiro del afiliado se torne más gradual (V. Vida Soria, José, Monereo Pérez, José Luis, Molina Navarrete, Cristóbal, Manual de Seguridad Social, Cuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2008, p. 327; González Ortega, Santiago y Barcelón Cobedo, Susana, Introducción al Derecho de la Seguridad Social, 6ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 290).

(89) Ley reglamentada mediante el decreto N° 24/014 de 31 de enero de 2014.

(90) Para un abordaje desde las ciencias políticas ver: Busquets, José Miguel; Schenck, Marcela, “La política de Seguridad Social en el gobierno del presidente Mujica: novedades y frenos”, en Bentancur, Nicolás y Busquets, José Miguel (Coordinadores), El decenio progresista. Las políticas públicas de Vázquez a Mujica, Mdeo., Fin de Siglo, Facultad de Ciencias Sociales, 2016, p. 69 y ss.

- a) Se ratifica con énfasis que la Seguridad Social es un derecho humano fundamental.
- b) Se reconoce que la Seguridad Social es una formidable herramienta que contribuye a prevenir y reducir la pobreza, la desigualdad, la exclusión social y la inseguridad social, así como igualmente favorece al mejor desarrollo económico y social de los pueblos.
- c) Se promueve, a través de la Organización Internacional del Trabajo, la idea del piso de protección social de carácter universal, sin desmedro del impulso y desarrollo de los instrumentos más clásicos de la Seguridad Social, como los seguros sociales.

Es un hecho relevante que el Banco Mundial haya realizado una autocrítica de su papel en los procesos de reforma de los noventa, al tiempo que ha moderado su concepción sobre la Seguridad Social.

Con relación a nuestros países, más allá de las características de las reformas de las que parten, los énfasis y matices que hacen a la idiosincrasia de nuestros pueblos, también es posible advertir la existencia de tendencias comunes –o confluyentes– en materia de Seguridad Social y más específicamente en el régimen de pensiones:

- a) En primer lugar, se constata que las nuevas reformas del sistema de pensiones –las que se han procesado y aquellas que se encuentran en curso de definición– se han sustanciado en el marco de sistemas políticos democráticos, con una amplia participación del sistema político y de los actores sociales (diálogo social).
- b) En segundo lugar, en cada uno de nuestros países se verifica una revaloración del papel del Estado, circunstancia que contrasta con la visión predominante en la era de las reformas liberales. El Estado ha creado o robustecido el pilar no contributivo dirigido a los sectores sociales más vulnerables y ha potenciado también su institucionalidad.
- c) En tercer lugar, en ninguno de los tres países se advierte como factible la eliminación del régimen de capitalización individual, ni en el corto ni en el mediano plazo, pero sí de su reforma en dirección a bajar los costos de las comisiones, fomentar la competencias de las Administradoras y dotar de mayor apertura a las inversiones, mediante la creación de más subfondos, con perfiles diferentes.

- d) En cuarto lugar, parece consolidarse la idea del sistema mixto, multipilar, como una combinación de diferentes técnicas de protección: desde la asistencia social, pasando por los seguros sociales reformados, los sistemas de ahorro individual obligatorio y también el ahorro individual voluntario.

Dicho de otro modo, mixto en el alcance desarrollado por Mesa-Lago (sistemas de reparto complementado con sistemas de capitalización individual), y mixto, también, por combinar técnicas propias de un modelo profesional con las de un modelo universalista.

Para finalizar, compartimos una reflexión de uno de los intelectuales uruguayos más brillantes de comienzos del siglo pasado, Carlos Vaz Ferreira, extraída de su conferencia sobre los problemas sociales: “Algo asegurado al individuo (a cada uno, y como tal: por ser hombre); y el resto, a la libertad. Y opino que esa fórmula debería ser común a todos los hombres de pensamiento y de acción, y la base de todas las teorías; cabiendo la discusión solo sobre el grado de lo que habría de asegurarse (y modo de hacerlo) pero no sobre la fórmula”⁽⁹¹⁾.

En definitiva, los sistemas de pensiones parecen estar transitando una nueva etapa de revisión, en donde no solo importa su sostenibilidad económico financiera, sino también donde se procura asegurar el goce de un derecho humano fundamental como es sin dudas la Seguridad Social.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Arenas de Mesa, Alberto, Historia de la Reforma Previsional Chilena, OIT, 2010.

Banco Mundial, En breve, Octubre 2004, N° 53.

Banco Mundial, Envejecimiento sin crisis, 1994.

Banco Mundial, “Manteniendo la promesa de seguridad de los ingresos en la vejez en América Latina”, 2004.

Barbagelata, Héctor-Hugo, El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales, 2ª ed. actualizada y ampliada, FCU, Mdeo, 2009

Baumgartner, José Luis, “El diálogo nacional sobre Seguridad Social”, en Informe N° 13, Mdeo., 2008.

(91) Vaz Ferreira, Carlos, Sobre los problemas sociales, VII, Cámara de Representantes de la ROU, Mdeo., 1963, p. 26.

Bucheli, Marisa; Ferreira-Coimbra, Natalia; Forteza, Álvaro y Rossi, Ianina, El acceso a la jubilación o pensión en Uruguay: ¿cuántos y quiénes lo lograrían?, CEPAL, Serie estudios y perspectivas, Santiago de Chile, 2006.

Busquets, José Miguel, Análisis comparado de las reformas de la Seguridad Social en el cono sur y Bolivia (1981-1995), Lapzus.

Busquets, José Miguel - Schenck, Marcela, “La política de Seguridad Social en el gobierno del presidente Mujica: novedades y frenos”, en Bentancur, Nicolás y Busquets, José Miguel (Coordinadores), El decenio progresista. Las políticas públicas de Vázquez a Mujica, Mdeo., Fin de Siglo, Facultad de Ciencias Sociales, 2016.

CEPAL, “La protección social de cara al futuro: Acceso, financiamiento y solidaridad”, 2006.

Colotuzzo, Luis A., “La Seguridad Social en Uruguay”, en La Seguridad Social en el Uruguay de hoy. Una visión social, Representación de los Trabajadores en el Banco de Previsión Social, La República, Mdeo., 1997.

Ermida Uriarte, Oscar, “Realidades y espejismos de las AFP chilenas”, en Revista Gestión, Lima, 1992.

ERT, Caminando, Los trabajadores y la Seguridad Social en Uruguay, Mdeo., 2011, p. 72).

Ferreira-Coimbra, Natalia; Forteza, Álvaro, Protección Social en Uruguay. Financiamiento, Cobertura y Desempeño (1990-2002), OIT, Santiago de Chile, 2004.

Forteza, Álvaro, “Entendiendo la reforma de la Seguridad Social en Uruguay”, en Revista Estudios de la Seguridad Social N° 96, AISS, Oficina Regional para las Américas, Buenos Aires, 2005.

Francés, Anuar, “La Seguridad Social en América Latina. Doctrina y realidad”, en revista del CLAEH, N° 15, Mdeo., 1980.

Gamarra Vélchez, Leopoldo, “La Seguridad Social: del Estado de necesidad al Estado de bienestar”, en revista Laborem, Lima, 2015, N° 15 / 2015, p. 15 y ss.

García Sámano, Federico, “Panorama general de la Seguridad Social chilena”, en Mendi-zábal Bermúdez (Coordinadora), “Reflexiones sobre la financiación de la Seguridad Social, CIESS, México D.F., 2006.

Grzetich, Antonio, “El nuevo sistema previsional chileno: un balance “en rojo”, en revista Derecho Laboral N° 169.

Informe Defensorial N° 99, El futuro de los sistemas de pensiones. Hacia una nueva relación entre el sistema público y el privado, Lima, 2005.

Informe Defensorial N° 135, Por un acceso justo y oportuno a la pensión: Aportes para una mejor gestión de la ONP, Lima, 2008.

Informe del Grupo Consultivo presidido por Michelle Bachelet, Piso de Protección Social. Para una globalización equitativa e inclusiva, OIT, Ginebra, 2011.

Kulke, Ursula, (Departamento de Seguridad Social, OIT Ginebra), “Posible ratificación del Convenio sobre Seguridad Social de la OIT (norma mínima), 1952 (N° 102) por parte de Uruguay”, Montevideo, agosto de 2009). (Inédito).

Lagomarsino, G- Lanzilota, B., Densidad de aportes a la Seguridad Social en Uruguay, ERT en BPS, 2004.

Luján, Carlos, El proceso de negociación de la reforma de la Seguridad Social en Uruguay, UDELAR, 2011, Mdeo.-

Macías, Osvaldo (Superintendente de Pensiones), “Sistema de pensiones chileno: diseño del sistema, reformas recientes, principales resultados y propuestas de mejora”, Universidad de Valparaíso, junio 2016.

Mangarelli, Cristina:

“La cobertura universal del sistema de protección y Seguridad Social y la empleabilidad”, en revista Derecho Laboral N° 230.

“Seguridad social y Protección social ante el desafío de la extensión de la cobertura: ¿Una nueva etapa de la Seguridad Social? (<http://www.asociacion.org.ar/editorial/abril09/Mangarelli.pdf>)

Mesa-Lago, Carmelo – Bertranou, Fabio, Manual de economía de la Seguridad Social, CLAEH, Mdeo., 1998.

Mesa-Lago, Carmelo:

“Evaluación de los efectos de las reformas estructurales de pensiones en América Latina: análisis especial de Uruguay”, Mdeo., CLAEH, 27-28 de abril de 2004.

“La reforma de pensiones en América Latina. Modelos y características, mitos y desempeños, y lecciones”, en AAVV, “¿Públicos o privados? Los sistemas de pensiones en América Latina después de dos décadas de reformas”, Nueva Sociedad, Caracas, 2004.

“Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la Seguridad Social”, en CEPAL, Serie financiamiento del desarrollo, Santiago de Chile, 2004.

Ministerio de Economía y Finanzas. Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales, Los Sistemas de Pensiones en Perú, Lima, mayo 2004.

Murro Oberlín, Ernesto, El dilema de la Seguridad Social en el Cono Sur, OIT, Lima, 2004.

Neves Mujica, Javier, “Los sistemas públicos y privados de pensiones: de la relación alternativa a la complementaria”, en Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional, II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Arequipa, 1, 2 y 3 de noviembre de 2006, SPDTSS.

Nicoliello, Ariel:

“Aspectos actuales de la Seguridad Social en el contexto de la crisis”, en revista Derecho Laboral N° 216.

“Compatibilidad entre jubilación y actividad en la Ley n° 19.006 de 16 de noviembre de 2012”, en revista Derecho Laboral N° 249.

“La eliminación de la capitalización en la Argentina (Ley N° 26.425)”, en revista Derecho Laboral N° 233.

“La jubilación parcial”, en revista Derecho Laboral N° 253.

Noelia Bernal-Ángel Muñoz-Hugo Perea-Johanna Tejada y David Tuesta, Una mirada al sistema peruano de pensiones. Diagnóstico y propuestas, BBVA, 2008.

OIT:

Documento 2, Establecimiento de normas de Seguridad Social en una sociedad global, 2008.

Documento 7, Seguridad social para todos. Una inversión en la justicia social y en el desarrollo económico, 2009.

Informe mundial sobre la protección social, 2014-2015: hacia la recuperación económica, el desarrollo inclusivo y la justicia social, Resumen ejecutivo.

Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa, Conferencia Internacional del Trabajo 101.ª reunión 2012.

Seguridad social: un nuevo consenso, 1ª ed., Ginebra, 2002.

Pasco Cosmópolis, Mario, “Tendencias actuales en la Seguridad Social”, en revista Derecho Laboral N° 205.

Pereira, Clara, “Análisis de cobertura del régimen previsional uruguayo”, en Comentarios de Seguridad Social N° 33, Asesoría General en Seguridad Social, BPS, Mdeo., 2011.

Plá Rodríguez, Américo, Estudios de la Seguridad Social, FCU, Mdeo., 1999.

Resumen Ejecutivo del Informe de la Comisión Presidencial sobre el Sistema de Pensiones, Santiago de Chile, setiembre de 2015.

Rodríguez Azcúe, Álvaro:

“Caracterización y resultados del diálogo nacional sobre Seguridad Social”, en revista Derecho laboral N° 230.

“Comentarios a la Ley N° 19.162 sobre desafiliación del régimen previsional mixto y revocación del art. 8”, en revista Derecho laboral N° 253.

“Tendencias recientes en materia de Seguridad Social”, en Informe de Seguridad Social, Mdeo., 2010, N° 16, p. 33.

Ruezga, Antonio (compilador), El nuevo derecho de las pensiones en América Latina, Biblioteca CIESS, México D.F., 2005.

Saldain, Rodolfo, Reforma jubilaria, FCU, Mdeo., 1995

Schwarzer, Helmut – Casali, Pablo – 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, Lima, 2014.

Uthoff, Andras, Reforma al sistema de pensiones chileno, CEPAL, Santiago de Chile, 2011.

Vaz Ferreira, Carlos, Sobre los problemas sociales, VII, Cámara de Representantes de la ROU, Mdeo., 1963.

Vida Soria, José – Monereo Pérez, José Luis – Molina Navarrete, Cristóbal y Quesada Segura, Rosa, Manual de Seguridad Social, 4 edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2008.

Vidal Bermúdez, Álvaro, “El Derecho a la Seguridad en la Constitución Política y los Convenios Internacionales”, en revista Laborem, Lima, 2015, N° 15 / 2015, p. 45 y ss.

SITUACIÓN ACTUAL Y NUEVAS TENDENCIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL PERÚ

Leopoldo Gamarra Vilchez⁽¹⁾

Álvaro Vidal Bermúdez⁽²⁾

I. INTRODUCCIÓN

En primer término debemos expresar nuestra profunda satisfacción por este importante evento académico e institucional, encuentro oportuno y plausible y que no dudamos constituye un hito para las relaciones entre nuestras sociedades científicas cuyas conclusiones serán de suma utilidad para nuestra labor cotidiana.

Alentados con este espíritu, pasaremos a desarrollar el tema planteado cuyo objetivo es presentar una visión panorámica de la Seguridad Social en el Perú y sus posibles tendencias, teniendo en cuenta su regulación jurídica como la situación efectiva de los subsistemas de salud, pensiones, y seguridad y salud en el trabajo; asimismo, haremos algunos comentarios críticos a estas tendencias y aspectos que consideramos relevantes para el desarrollo efectivo y sostenible de la Seguridad Social en el Perú, a la luz de algunas tendencias internacionales.

II. LOS SISTEMAS DE SALUD

Los sistemas de cobertura en salud más importantes en el Perú son el Seguro Social de Salud a cargo de EsSalud; el Seguro Integral de Salud (SIS) a cargo del Ministerio de Salud; la Sanidad de las Fuerzas Armadas y la Sanidad de

(1) Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad Jesuita Antonio Ruiz de Montoya.

(2) Profesor de Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

las Fuerzas Policiales; así como la asistencia privada mediante Entidades Prestadoras de Salud (EPS), Compañías de Seguro, Entidades prepagadas, entre otras.

Debe destacarse que el nivel de protección varía sustancialmente según el tipo de seguro, considerando tanto las contingencias cubiertas como los mecanismos de protección (solamente atención médica o adicionalmente prestaciones económicas). Así, existen diferencias significativas en la cobertura otorgada por el seguro regular de EsSalud, el Listado Priorizado de Intervenciones Sanitarias del SIS y el nuevo Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS) del SAUS, lo que configura un modelo de aseguramiento estratificado.

Un primer intento de articular los sistemas de salud reafirmando la autonomía de cada uno de ellos se dio el año 1978 mediante el denominado Sistema Nacional de Servicios de Salud (Decreto Ley 22365 del 28 de noviembre de 1978). Este modelo permitía la contratación de entidades privadas por el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS) para la prestación de servicios.

Durante la década de 1980 el IPSS atravesó por una difícil situación económica debido a una mala gestión y el incumplimiento en el pago de los aportes principalmente del Estado. A partir de 1992 se dieron varios intentos de implementar un modelo paralelo que permitiera la desafiliación del Seguro Social y la contratación de la cobertura exclusivamente con entidades privadas. Este proyecto no prosperó debido a una fuerte oposición de la sociedad civil y finalmente se estructuró un sistema de carácter complementario, es decir, en caso de decisión colectiva de los trabajadores podían trasladar la cobertura de la capa simple a una EPS, mientras que la capa compleja se mantenía en EsSalud⁽³⁾.

En el 2002, mediante la Ley 27813 del 12 de agosto, se creó el Sistema Coordinado y Descentralizado de Salud el cual tenía como función aplicar la política nacional de salud, promoviendo su implementación concertada y descentralizada; además de coordinar los planes y programas de todas las instituciones del sector con el objeto de avanzar hacia la Seguridad Social universal en salud. Finalmente, el 2009, mediante la Ley 29344 del 9 de abril, se diseñó el modelo del Aseguramiento Universal en Salud (AUS)⁽⁴⁾.

(3) En este modelo se mantenía la posibilidad de sub contratar servicios aunque se prohibió que ESSALUD actuase como una EPS.

(4) El marco normativo del Aseguramiento Universal en Salud no constituye el primer intento de otorgar cobertura universal en salud, su éxito como en otros casos estará vinculado con el nivel real de financiamiento público de los sistemas subsidiados y semi-subsidiados, una eficiente gestión y articulación de los regímenes comprendidos, y una regulación y supervisión eficaz que vele por el otorgamiento de prestaciones equitativas y oportunas.

1. La Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, Ley 29344

Solo destacaremos algunos aspectos de este nuevo sistema: la reglamentación sobre la cobertura, financiamiento, prestaciones, gestión y supervisión que consideramos más relevante.

1.1. La cobertura

El AUS es definido como garantía de la protección de salud para todas las personas residentes en el Perú, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida. La afiliación es obligatoria para toda la población residente. Todos los residentes del país están obligados a contar como mínimo con la cobertura del PEAS, debiendo hacerlo conforme a los mecanismos de expansión progresiva establecidos por el Ministerio de Salud.

Toda la población residente en el territorio nacional se afilia al régimen de financiamiento que les corresponda: contributivo, semicontributivo o subsidiado, de acuerdo a los criterios establecidos legalmente⁽⁵⁾. La afiliación individual es exclusiva a un régimen de financiamiento determinado, y por tanto excluyente de los otros dos. La afiliación a los regímenes subsidiado y semicontributivo estará condicionada a la calificación socioeconómica del sistema de Focalización de Hogares excepto en las zonas determinadas por norma expresa⁽⁶⁾.

La universalización del aseguramiento en salud será gradual y progresiva en el territorio nacional, en lo que se refiere a: i) la extensión de la cobertura de afiliación, ii) la extensión geográfica de aplicación, y iii) la expansión del plan de beneficios del PEAS.

Son afiliados dependientes del régimen contributivo: los trabajadores activos que laboran bajo relación de dependencia o en calidad de socios de cooperativas de trabajadores, cualquiera sea el régimen laboral o modalidad a la cual se encuentren sujetos; los pensionistas que perciben pensión de cesantía, jubilación, incapacidad o sobrevivencia, cualquiera fuere el régimen legal al cual se encuentren

(5) La afiliación a cualquiera de los regímenes del AUS otorga la cobertura del PEAS, esta se extiende a los derechohabientes, cónyuge o concubino, así como hijos menores de edad o mayores discapacitados en forma total y permanente. En el caso de los afiliados contributivos dependientes e independientes la cobertura podrá extenderse a otros beneficiarios que dependan del asegurado principal, según la IAFAS que otorga la cobertura. Los planes para afiliados contributivos pueden además, incluir coberturas adicionales (específicas, complementarias, especializadas u otras). Los planes para los afiliados contributivos podrán establecer períodos de carencia. Las atenciones por accidente no están sujetas a estos períodos de espera.

(6) La implementación y desarrollo del nuevo sistema deberá observar, los criterios de libertad de elección de los afiliados respecto de las IAFAS a las que pueden tener acceso en función de los parámetros previstos por la normativa vigente, así como de libre competencia entre las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS).

sujetos, y los trabajadores bajo modalidad contractual de la Administración Pública, que vincula a una entidad pública con una persona natural que presta servicios de manera no autónoma mediante contratos administrativos de servicios.

Son afiliados independientes del régimen contributivo: los trabajadores y profesionales independientes y demás personas que no reúnan los requisitos de una afiliación contributiva dependiente, teniendo la libertad de optar por su afiliación ante cualquiera de las IAFAS que oferten esta modalidad de aseguramiento, y los trabajadores independientes que no forman parte del régimen subsidiado.

Son afiliados al régimen subsidiado la población residente en el país en condición de pobreza o extrema pobreza que no cuente con un seguro de salud contributivo o semicontributivo. Como beneficiarios del régimen subsidiado, tienen derecho al conjunto de prestaciones incluidas en el PEAS con un subsidio del 100 %.

Son afiliados al régimen semicontributivo: los trabajadores y conductores de microempresas y sus derechohabientes de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1086 y su reglamento; las personas beneficiarias o afiliadas individual o familiarmente al SIS, dentro del componente denominado semisubsidado, previo pago de una aportación según corresponda; y otros beneficiarios cuya cobertura sea cofinanciada por recursos de un gobierno regional u otro tipo de acuerdo a regímenes establecidos por norma expresa.

1.2. El financiamiento

Los fondos del régimen subsidiado y semicontributivo constituyen fondos intangibles destinados exclusivamente a cubrir las prestaciones contenidas en el PEAS para los afiliados al régimen subsidiado y semicontributivo. Estos son: los recursos asignados por el Estado a la vigencia de la Ley 29344, al SIS y los demás que se asignen posteriormente; los aportes y contribuciones que realicen los afiliados al SIS, de acuerdo con el régimen de financiamiento; los fondos que los gobiernos regionales y locales les asignen en base a la adecuación del PEAS⁽⁷⁾; y otros que mediante Ley se les asigne.

El Estado debe incrementar progresivamente, cada año, de manera obligatoria los fondos destinados al financiamiento del régimen subsidiado y semicontributivo. La cobertura de las prestaciones contenidas en el PEAS, ofertada por las IPRESS comprende la compra, producción, administración y entrega de servicios

(7) Los fondos destinados exclusivamente a cubrir las prestaciones contenidas en el PEAS para los afiliados al régimen subsidiado y semicontributivo son intangibles. El monto de los aportes que deberán realizar los afiliados del régimen semicontributivo y del Estado se establecen en la Ley que lo crea.

de salud, generación de infraestructura, constitución de obligaciones técnicas y en las inversiones que sean necesarias para su adecuada rentabilidad.

Fondos del régimen contributivo, destinados a financiar las prestaciones contenidas en el PEAS, los planes complementarios y específicos para los afiliados al régimen contributivo, son los siguientes: las contribuciones y retribuciones que realicen los empleadores a EsSalud y a las EPS; los aportes o cotizaciones de los afiliados independientes a EsSalud y a otras IAFAS; las primas que pagan los asegurados que contratan pólizas de seguros de salud con las empresas aseguradoras; las transferencias o aportes del Estado, en calidad de empleador, a las Sanidades de las Fuerzas Armadas y la Sanidad de la Policía Nacional del Perú; los aportes de los afiliados o beneficiarios a las Entidades de Salud Prepagadas; los aportes de las entidades empleadoras o de los trabajadores a los Autoseguros; los recursos de los fondos de compensación interna de las prestaciones y contraprestaciones interinstitucionales por intercambio de servicios u operaciones de compraventa.

Y dentro de su respectivo ámbito, los aportes que se efectúen en el marco del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito y otros planes complementarios o específicos.

Otras modalidades de aseguramiento públicos privados o mixtos, creados o por crearse, distintos a los señalados anteriormente; los copagos⁽⁸⁾ o deducibles.

Los aportes y la recaudación

La responsabilidad del aporte, contribución o retribución para el caso de los afiliados al régimen contributivo, recae en la entidad empleadora o la institución que abone las pensiones. Para los casos de los afiliados contributivos independientes la obligación del aporte recae en el mismo afiliado o en la entidad o persona que los representa.

Para el caso de los afiliados al régimen subsidiado, el financiamiento del aporte se ejecuta con cargo al presupuesto institucional aprobado del SIS. Para los afiliados al régimen semicontributivo en cada caso se determinará la contribución correspondiente al afiliado o a su empleador, y al SIS con cargo a su presupuesto asignado.

Las prestaciones de salud del AUS podrán estar sujetos a copagos y deducibles, con el objetivo de racionalizar el uso de los servicios del sistema y

(8) No están sujetos a copago alguno, las atenciones de emergencia ni las prestaciones preventivas promocionales.

complementar el financiamiento del PEAS. Las IPRESS son responsables de realizar tales cobros de acuerdo a las condiciones pactadas.

1.3. Las prestaciones

Los planes de aseguramiento en salud se ofertan según sus condiciones asegurables y garantías explícitas, y deben responder a las principales necesidades de salud del país. Podrán comprender acciones de promoción, prevención de enfermedades, recuperación y rehabilitación.

El Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS)

Es el plan de aseguramiento en salud que contiene la lista priorizada de condiciones asegurables e intervenciones que como mínimo son financiadas a todos los asegurados en el país, bajo los regímenes subsidiado, semicontributivo y contributivo, y debe ser ofertado por la totalidad de las IAFAS registradas ante la Sunasa. Las IAFAS podrán asociarse para estos efectos.

El plan de beneficios define las intervenciones, prestaciones y garantías explícitas de oportunidad y calidad, cuyas coberturas se encuentran aseguradas y financiadas por las IAFAS. El PEAS incluye actividades de promoción de la salud, prevención y detección temprana de enfermedades, según los lineamientos que determine el Minsa. En ningún caso una preexistencia incluida en las condiciones asegurables del PEAS será pasible de exclusión. La declaración de enfermedad preexistente es obligatoria por parte del asegurado, al momento de su afiliación⁽⁹⁾.

Los planes específicos

Son los planes de aseguramiento en salud específicos, que brindan EsSalud y las Sanidades de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, en donde la estructuración de las coberturas para sus afiliados, en tanto posean mejores condiciones respecto al PEAS, mantienen sus coberturas de beneficios vigentes.

EsSalud mantiene las coberturas de bienestar y promoción social y las prestaciones económicas para sus asegurados regulares. Las IAFAS que no estén comprendidas bajo una cobertura integral de salud o que brindan servicios complementarios pueden también ofrecer prestaciones económicas y de bienestar y promoción social, en exceso al PEAS, dentro del régimen de libre competencia. Ello

(9) Las emergencias no presentan períodos de carencia en ninguno de los regímenes de financiamiento. Las prestaciones incluidas en el PEAS no consideran períodos de carencia en el régimen subsidiado. El régimen contributivo y semicontributivo podrá considerar períodos de carencia de acuerdo a sus respectivas normas. En los regímenes contributivo y semicontributivo, para el caso de maternidad, será suficiente que la asegurada haya estado afiliada al momento de la concepción

sin perjuicio del derecho de los afiliados regulares de reclamar las que les corresponda a cargo de EsSalud.

Los planes complementarios

Las IAFAS pueden ofrecer planes que complementen el PEAS, definidos como aquellos que otorgan prestaciones no comprendidas en este. Su regulación y fiscalización, se encuentra a cargo de la Sunasa.

Las prestaciones a cargo de EsSalud

Los afiliados regulares de EsSalud tienen derecho a la integridad de las prestaciones de salud correspondientes al PEAS y a las condiciones en exceso al PEAS, a través de servicios propios o planes contratados. Los afiliados potestativos tienen derecho a una cobertura igual o mayor al PEAS. Los demás regímenes de aseguramiento a cargo de EsSalud mantienen sus condiciones igual o en exceso al PEAS.

1. 4. La gestión y supervisión

Respecto de la gestión se privilegia la libertad de contratación. Esta es definida como la capacidad de los distintos agentes intervinientes para la compra y venta de servicios de aseguramiento, reaseguro y prestaciones de salud entre IAFAS, y entre estas y las IPRESS, dentro de los diferentes regímenes de aseguramiento.

Las IAFAS⁽¹⁰⁾ tendrán libertad para contratar con las IPRESS de su elección para la conformación de sus redes de prestación de servicios de salud, siempre que se encuentren registradas en la Sunasa. Una disposición relevante es la referida a la prohibición de subsidios cruzados. El Reglamento señala que cuando los hospitales, redes o establecimientos públicos de salud vendan servicios médicos a las IAFAS privadas (es decir distintas del SIS, EsSalud o Sanidades), para el cumplimiento de los planes ofrecidos, facturarán la atención de acuerdo con sus costos de operación y administración, sin recurrir a fondos del Tesoro Público para el subsidio de estos servicios. El cumplimiento de esta disposición requerirá de una actuación independiente de la Sunasa y el Ministerio de Salud.

(10) Entre las funciones de las IAFAS destacan brindar servicios de cobertura en salud a sus afiliados; captar y administrar los aportes de los afiliados o el Estado; promover la afiliación de la población no asegurada; y asumir responsabilidad solidaria con las IPRESS frente a los usuarios por los planes de salud que oferta, sin perjuicio del derecho de repetición. Una obligación fundamental es la de informar adecuadamente a los afiliados respecto de la prima, contribución, aporte o precio a pagar, por el seguro contratado y su forma de pago, conforme a lo señalado por la Sunasa.

La Sunasa tiene funciones generales y específicas. Entre las primeras figuran las funciones de registro de asegurados, funciones de autorización de IAFAS e IPRESS, funciones de regulación, funciones de supervisión y funciones de sanción.

La función de supervisión comprende la facultad de verificar el cumplimiento de los objetivos y normativa relacionada al AUS, así como las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las instituciones supervisadas, en resguardo de los derechos de los asegurados. Los agentes de supervisión tienen la atribución de ingresar previa coordinación a las entidades supervisadas y solicitar la presencia del personal directivo o del representante de la misma para el ejercicio de sus funciones.

Los órganos resolutivo y consultivo de la Sunasa son el Centro de Conciliación y Arbitraje y la Junta de Usuarios. Esta última es responsable de emitir consultas y opiniones, así como proponer lineamientos de acción para el adecuado cumplimiento del AUS. Asimismo, se reconocen mecanismos de vigilancia ciudadana a ser desarrollados por los Gobiernos Regionales y Locales con miras al cumplimiento de los derechos de la población al AUS.

III. LOS SISTEMAS DE PENSIONES

En el Perú existen distintos sistemas de pensiones: el público que es de reparto y que está normado a través del Decreto Ley 19990, Sistema Nacional de Pensiones (SNP) y el régimen del Decreto Ley 20530 que fue cerrado mediante reforma constitucional del 2004⁽¹¹⁾; los planes privados ocupacionales con determinada legislación⁽¹²⁾ y el Sistema Privado de Pensiones (SPP) de capitalización individual normado por el Decreto Ley 25897.

En esta ponencia solo desarrollaremos el sistema público⁽¹³⁾ a través del Decreto Ley 19990 y el privado con el Decreto Ley 25897.

(11) En efecto, el 2004 culminó un procedimiento de reforma constitucional. En dos legislaturas sucesivas en el Congreso de la República se reformaron el artículo 11 (una entidad que administre los regímenes de pensiones a cargo del Estado), el artículo 103 (teoría de los hechos cumplidos para las materias pensionarias) y la Primera Disposición Final y Transitoria (criterios de manejo para el régimen pensionario del DL 20530).

(12) Los planes privados ocupacionales más conocidos en el Perú son tres: la Derrama Magisterial, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, y la Caja de Pensiones Militar - Policial.

(13) Al respecto, ver: Banco Central de Reserva del Perú, “Regímenes de Pensiones a cargo del Estado”; Subgerencia del Sector Público, Departamento de Análisis del Sector Público, 14 de Julio de 2003; www.bcrp.gob.pe; y, “Los Sistemas de Pensiones en el Perú” Ministerio de Economía y Finanzas, Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales, Mayo 2004. También el Informe sobre los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530 y otros a cargo del Estado de la Comisión Especial encargada del estudio de los regímenes pensionarios por el D.S. 003-2001-TR del 15 de Julio de 2001. Finalmente, Schwarger Helmut, Casali 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, Lima, 2014.

1. El Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley 19990

1.1. El sistema de reparto

Es el régimen del Sistema Nacional de Pensiones normado por el Decreto Ley 19990 del 24 de abril de 1973, actualmente a cargo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP)⁽¹⁴⁾. Beneficia a los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, a los obreros y servidores públicos no incorporados al régimen del Decreto Ley 20530⁽¹⁵⁾ y que ingresaron al Estado con posterioridad al 11 de julio de 1962.

Es un sistema de reparto en donde los trabajadores activos constituyen un fondo pensionario común que en el diseño original debería financiar sus futuras pensiones, es decir, asumiendo el otorgamiento de prestaciones fijas, sobre contribuciones no- definidas, en valor suficiente para que la aportación colectiva de los trabajadores financie las pensiones.

En una mirada retrospectiva podemos referirnos al Decreto Ley 19990 como parte del Plan Nacional de Seguridad Social de 1970. En efecto, es ilustrativo referirse a lo que fue probablemente el primer y único esfuerzo en el Perú de un Plan Nacional de Seguridad Social, donde se planteaba como objetivo “la Seguridad Social eficiente y generalizada para toda la población”, “asegurando inicialmente al trabajador y sus familiares”⁽¹⁶⁾.

1.2. Aplicación del principio de solidaridad

El SNP incorpora a los trabajadores comprendidos en el régimen laboral privado y público. Y el derecho a la pensión de jubilación se determina sobre la base de los criterios de la edad del trabajador (65 años) y sus años de aporte (20 años como mínimo).

Asimismo, la tasa de aporte es del 13 % de la remuneración pensionable y está a cargo del trabajador. Pero la característica esencial es que las pensiones se

(14) La ONP fue creada en mayo de 1994 por la Ley 26323 y por el D. S. 061-95-EF que aprobó su Estatuto. Así, empezó a funcionar en enero de 1995, haciéndose cargo de la administración y del SNP del Decreto Ley 19990, hasta entonces a cargo del Instituto Peruano de la Seguridad Social.

(15) Este régimen, del 26 de febrero de 1974 fue diseñado como sistema de reparto-cerrado y se le conocía como “cédula viva” significando que cualquier incremento de remuneraciones públicas, arrastraba un aumento similar en las pensiones acordadas. Comprendía únicamente a los servidores públicos que se encontraban trabajando dentro de la carrera administrativa hasta el 11 de julio de 1962. Se tenía derecho a una pensión nivelable a partir de los 20 años y se podía gozar del derecho sin requisito de edad con solo 15 años (varones) o 12 ½ (mujeres) de servicios reales y remunerados. En realidad fue expedido para ordenar y restringir el sistema de la Ley de Goces de 1850; pero, no se extinguió y, por el contrario, fue creciendo debido a las leyes posteriores que ampliaron el número de personas comprendidas y beneficios otorgados. Cabe señalar que desde el 12 de julio de 1962 se intentó cerrar este régimen sin éxito hasta el 2004.

(16) INIDE, El Proceso Peruano, segunda edición, Lima, octubre, 1975.

rigen por topes: con un mínimo de S/. 415 y un máximo de S/. 857 por mes. Es decir, la pensión corresponderá a un porcentaje de la remuneración de referencia, salvo que esta sea menor a la pensión mínima o superior a la máxima, aplicando el principio de solidaridad.

Finalmente, existe un régimen de jubilación adelantada considerando edad (55 hombres y 50 mujeres) y años de aporte (30 hombres y 25 mujeres) al que se pueden acoger los despedidos por reducción o cese colectivo, siempre que tuvieran 20 años de aporte; en este caso, la pensión base se reduce en 4 % por cada año de adelanto respecto de la edad de jubilación.

1.3. Los principales cuestionamientos

El financiamiento, según la información de la ONP, se puede apreciar que las pensiones del SNP del DL 19990, procede fundamentalmente de los recursos ordinarios, es decir de impuestos generales. Y el porcentaje de los aportes al fondo como contribuciones no cubre totalmente el gasto de las prestaciones. Lo cual significa recurrir al Presupuesto Público; es decir, las prestaciones sociales al beneficiario no dependen de sus aportes proporcionalmente como un impuesto sobre la planilla⁽¹⁷⁾.

Aunque la cifra de inscritos en el SNP del DL 19990 es algo más de cuatro millones de trabajadores que supera en 40 % al 2011, registrando con ello un crecimiento promedio anual de 11 %⁽¹⁸⁾. Pero lo realmente relevante es el número de aportantes y pensionistas⁽¹⁹⁾

D.L. 19990	2011	2012	2013	2014
Asegurados	2 855 940	3 269 152	3 704 153	4 001 521
Aportantes	1 226 077	1 350 284	1 555 727	1 577 002
Pensionistas	490 954	501 791	508 837	528 721

Otro tema de cuestionamiento es la administración por el Estado. Así se plantea un conflicto de actores y perspectivas sobre el tema de pensiones que administra el Estado, lo cual se revela especialmente polémico en el debate de la reforma necesaria.

(17) Ver Jorge Rojas, El Sistema Privado de Pensiones y su rol en la economía peruana, CIES, abril 2003, p. 51.

(18) ONP, Memoria Institucional 2014, cuadro 4, Lima, p. 12.

(19) Ídem. También según el portal institucional de la ONP, Estadísticas de la ONP, para ver la serie se puede revisar www.onp.gob.pe

Además, es posible señalar las imprevisiones en materia de gestión de fondos de financiamiento, con su utilización en inversiones con rentabilidad social pero de escaso retorno como financiamiento futuro problemas derivados de haber relajado criterios razonables de incorporación con normas especiales que alteran las proporciones de suma de aportes y planilla de pensiones, y por tanto la creciente importancia de los impuestos generales para financiar las planillas⁽²⁰⁾.

Admitiendo una administración financiera de los aportes y las pensiones en el tiempo, y utilizando el cálculo actuarial, el argumento también muestra cómo las aportaciones realizadas por un afiliado resultan insuficientes para cubrir las pensiones que se le otorgan bajo las reglas existentes⁽²¹⁾.

Entonces, aunque para efectos financieros es siempre la atención de una deuda, para la gestión del conflicto de intereses habría de por medio un “subsidio a un sistema contributivo” siendo el “cumplimiento de promesas legalmente amparadas”. En cualquier caso, el asunto del financiamiento fiscal de las pensiones tiene límite lógico, pues no puede crecer libremente en tanto componente del gasto público y sin considerar las posibilidades de los ingresos, en cierto sentido su manejo es tema de transparencia y responsabilidad fiscal.

2. El Sistema Privado de Pensiones

2.1. El origen

El SPP fue implementado en 1993 mediante el Decreto Ley 25967 y según sus propulsores surgió con la finalidad de reemplazar al SNP. El nuevo sistema de capitalización individual fue establecido sin el debate parlamentario y público necesario, recordemos que la norma de creación del SPP se dictó durante el periodo en que el Congreso fue disuelto y fue objeto de un cuestionamiento constitucional debido a que no se enmarcaba dentro de lo dispuesto por la Constitución de 1979⁽²²⁾.

(20) Los aportantes y pensionistas asumen que durante un periodo largo de su vida laboral, han entregado dinero para garantizar su pensión futura; se amparan en leyes que reconocen tales derechos. Por tanto, afirman la acreditación de su derecho para gozar de ellas; y la expresión cuantitativa de esos derechos es la deuda previsional.

(21) Por ejemplo ver el informe mencionado del Ministerio de Economía y Finanzas, “Los Sistemas de Pensiones en el Perú”, p. 14, que concluye para el año 2004 que el 85 % de la pensión pagada era financiada con impuestos generales.

(22) La Constitución de 1979 establecía que “Una institución autónoma y descentralizada, con personería de derecho público y con fondos y reservas propias aportados obligatoriamente por el Estado, empleadores y asegurados, tiene a su cargo la Seguridad Social de los trabajadores y sus familiares (...). La institución es gobernada por representantes del Estado, de los empleadores y de los asegurados en igual número. La preside el elegido entre los representantes del Estado. (...). La existencia de otras entidades públicas o privadas en el campo de los seguros no es incompatible con la mencionada institución, siempre que

Aun cuando el SPP se diseñó originalmente con la intención de ser un régimen único, su configuración debía ser gradual; sin embargo, distintos factores de índole político y económico condujeron a que se mantuviera como un régimen paralelo al SNP. La imposibilidad legal de acceder o mantenerse en el sistema público hubiera generado un rechazo de los trabajadores hacia el SPP, por ello se optó por una reforma regresiva del SNP (mayores aportes y menores beneficios) que promoviera la afiliación al nuevo sistema.

Los desincentivos para mantenerse en el SNP o afiliarse a este condujeron a un masivo ingreso de trabajadores al SPP. De esta manera, a finales de 1993 “el 30% del total de trabajadores cubiertos por algún sistema previsional –aproximadamente 600,000– se encontraba en el nuevo sistema y en 1995 la cifra llegaba al 50%”⁽²³⁾. En la actualidad el SPP es el régimen previsional con mayor cantidad de afiliados.

2.2. Principales características

El SPP se financia principalmente con aportes de los trabajadores. Adicionalmente con recursos del Estado destinados a reconocer los aportes al SNP a través de los “bonos de reconocimiento” y a financiar las pensiones mínimas mediante los “bonos complementarios”.

Los aportes de los trabajadores están conformados por tres conceptos:

- El aporte a la cuenta individual de capitalización: Asciende al 10 % de la remuneración. Este aporte más la rentabilidad generada financian las futuras pensiones de los afiliados. En las actividades de riesgo se realizan aportes complementarios financiados en partes iguales por empleadores y trabajadores.
- La comisión por administración cobrada por las AFP: Es la retribución cobrada por cada AFP como un porcentaje de la remuneración del trabajador afiliado. Actualmente las comisiones oscilan entre 1,75 % y 2,30 % según cada AFP, en caso se acuerden planes de permanencia se pueden reducir.

ofrezcan prestaciones mejores o adicionales y haya consentimiento de los asegurados”. Un sistema de capitalización individual, gestión privada sin participación de los afiliados y carácter alternativo al sistema público contravenía lo estipulado por la Constitución de 1979.

(23) Morón, Eduardo y Carranza, Eliana, Diez Años del Sistema Privado de Pensiones. Avances, Retos y Reformas. 1993 - 2003, Universidad del Pacífico, Diciembre de 2003, p. 26.

- La prima para seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepe-
lio: La cobertura es contratada por cada AFP con una compañía de
seguros a la cual se traslada el monto de la prima. A diferencia de los
otros conceptos está sujeta a topes que se actualizan trimestralmente.

Pareciera cumplirse para el caso peruano lo indicado Orszag y Stiglitz⁽²⁴⁾ para quienes la implementación de sistemas de pensiones de capitalización individual tuvieron como sustento supuestas ventajas que en realidad constituirían mitos. Un mito microeconómico sería la creencia de que “la competencia asegura bajos costos administrativos en un sistema de cuentas individuales”. Recordemos que el SPP peruano está conformado por solo 4 AFP. Al respecto señalan que una estructura centralizada puede tener costos sustancialmente menores que los enfoques descentralizados.

En los Estados Unidos –recuerdan estos investigadores– el Consejo Asesor de Seguridad Social estimó que los costos administrativos de una estructura centralizada reduciría en un horizonte de 40 años en 2 % el valor final de una cuenta individual. En un sistema descentralizado con varias empresas “compitiendo entre sí” los costos tenderían a ser significativamente mayores debido a factores como la pérdida de economías de escala y los gastos de publicidad.

Los costos asociados con sistemas de cuentas individuales al decir de Orszag y Stiglitz deben de ser medidos considerando tres componentes: el ratio de acumulación (que considera la relación entre gestión del fondo y costos administrativos), el ratio de alteración (que mide los costos de cambio de administrador y de no contribuir consistentemente) y el ratio de conversión (que considera los costos de conversión a una renta regular-pensión). Además, deben de considerarse de manera integral los costos subyacentes como por ejemplo, los derivados de ventas y marketing, gestión de fondos, regulación y cumplimiento, mantenimiento de los registros y efectos de la selección adversa.

2.3. Cuestionamientos específicos

En el caso peruano existe una limitada competencia que no ha reducido el monto de las comisiones, de haber existido en una época ocho AFP actualmente solo existen cuatro, las cuales poseen una participación de mercado similar (entre 22 % y 27 % de los afiliados).

(24) Orszag, Peter y Stiglitz, Joseph.- “Un Nuevo Análisis de la Reforma de Pensiones: Diez Mitos sobre los Sistemas de Seguridad Social”. Investigación presentada en Nuevas Ideas sobre la Seguridad en la Vejez, Banco Mundial, Washington D.C. 14 y 15 de septiembre de 1999.

La competencia debería sustentarse en ofrecer condiciones más sólidas, mejor rentabilidad y menores costos, sin embargo el nivel de conocimiento de los afiliados de estos factores es limitado. En la práctica las decisiones de afiliación suelen desviarse de los criterios antes indicados. Estudios realizados en países con sistemas de capitalización individual muestran que las decisiones de consumo no están determinadas por factores objetivos como la rentabilidad o la solidez, sino por otro tipo de incentivos como obsequios o publicidad que no necesariamente traslada información objetiva⁽²⁵⁾.

Las características de un oligopolio según Grant⁽²⁶⁾ son la existencia de pocas organizaciones compitiendo, barreras considerables de ingreso y salida, poco potencial para la diferenciación de los productos y disponibilidad imperfecta de información. La regulación en países con sistemas de capitalización individual debería tener en cuenta esta situación debido a las diferencias sustanciales con mercados con mayor nivel competitivo y mejor acceso a información.

Al contrario de lo que se podría pensar intuitivamente los costos de entrada o instalación (fundamentalmente costos de capital mínimo) no constituirían la principal barrera para el ingreso de nuevos competidores, sino que son los costos asociados a labores operativas y los costos comerciales los que significan la principal limitante.

En este sentido Berdejo, Galarza y Nagamine⁽²⁷⁾ señalan que los costos asociados a las labores operativas conexas a la administración de fondos (como la recaudación de aportes, procesos informáticos de soporte, custodia de valores entre otras) y los costos asociados a la gestión comercial para posicionarse en el mercado (publicidad y gastos de ventas) tendrían una significación importante. Estos costos resultarían ineludibles para los nuevos entrantes y resultan básicamente costos fijos en el corto plazo, siendo además los gastos de publicidad costos con un valor de recuperación casi nulo (costos hundidos).

Con el objeto de hacer más eficiente el desempeño del SPP es fundamental trasladar información relevante de manera transparente a los afiliados. Asimismo, evaluar mejores sistemas de determinación de comisiones por administración

(25) Berstein, S., & Castro, R. Costos y rentabilidad de los fondos de pensiones: ¿Qué informar a los afiliados? Documento de Trabajo N° 1. Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones. Santiago de Chile. 2005. <http://www.spensiones.cl/redirect/files/doctrab/DT00001.pdf>.

(26) Grant, R. Contemporary strategy analysis: Concepts, techniques, applications (4th Ed.). MA: Blackwell Publishers. 2002.

(27) Berdejo, M., Galarza, B., & Nagamine, J. Mecanismos para incentivar la competencia de los sistemas de pensiones basados en capitalización individual. Lima: Superintendencia de Banca, Seguros y AFp. 2006.

que generen mayor competencia. Por ejemplo, evaluar sistemas de retribución que consideren la rentabilidad de los fondos o mecanismos de subasta para la administración de una cartera de afiliados por determinado período a la administradora que ofrezca la mejor relación costo/rentabilidad. La reducción en los costos de administración podría significar un mayor ingreso para el afiliado o destinar el ahorro a la conformación de un fondo solidario para mejorar las pensiones mínimas.

Respecto de las prestaciones este sistema otorga pensiones de jubilación, invalidez y sobrevivencia, así como gastos de sepelio. El afiliado puede elegir la modalidad de jubilación y el nivel de riesgo de su fondo, dentro de ciertos límites vinculados con la edad o proximidad de la jubilación. Las pensiones de jubilación pueden ser de tres modalidades base: retiro programado, renta vitalicia y renta temporal con renta vitalicia diferida.

El papel que ha cumplido el SPP en el Perú como dinamizador de la actividad económica y mecanismo de ahorro interno ha sido fundamental, las AFP constituyen los principales inversionistas institucionales en la Bolsa de Valores de Lima. El SPP ha cumplido un importante rol a nivel macroeconómico, sin embargo, no viene cumpliendo con igual eficacia los objetivos esperados de un sistema previsional, específicamente la ampliación de la cobertura y la generación de pensiones adecuadas.

Durante el último quinquenio se han introducido dos reformas en el SPP. La primera tuvo como objetivo principal reducir el costo de las comisiones por administración, y se centró en facilitar el ingreso de nuevas AFP mediante mecanismos de licitación de nuevos afiliados, así como el cobro de una comisión sobre fondo. La segunda reforma, y más reciente, permite el retiro de hasta el 95.5 % del fondo acumulado en la cuenta individual al momento de la jubilación (65 años) o en caso de jubilación por desempleo. La primera reforma no alcanzó las finalidades buscadas (reducir costos administrativos) y la segunda ha sido objeto de múltiples críticas debido a que no cumple con los objetivos de la Seguridad Social, entre ellos el de garantizar una pensión hasta el fallecimiento.

IV. LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

La seguridad y la salud en el trabajo ocupan un lugar central en la estructura de la Seguridad Social de un país, cada día la inversión en prevención contribuye a evitar accidentes en el trabajo y enfermedades profesionales.

Sin embargo, en el Perú no existía, hasta el 2011, una Ley que sancionara las infracciones porque solo se contaba con el Decreto Supremo 009-2005-TR

del 29 de setiembre del 2005. El mismo que de alguna manera intentó superar las normas sectoriales, como en la minería, la industria, la construcción, etc. pero no se tenía una norma de carácter general para todos los sectores económicos. Es decir, en la medida en que lo previsto por los respectivos reglamentos de los diferentes sectores económicos no sea incompatible con lo dispuesto por el reglamento en comentario, esas disposiciones continuaban vigentes.

1. ¿En qué consiste la nueva Ley?

La Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo promulgada el 20 de agosto de 2011, superó la carencia de una legislación adecuada con estándar internacional y con facultad sancionadora a los infractores. Así, se superó la legislación dispersa y obsoleta, sin jerarquía de Ley. De este modo, se cumple con el Convenio 167 de la OIT y la Resolución 584 de la CAN⁽²⁸⁾.

Por otro lado, por primera vez también, con la nueva Ley se reconoce y se establecen políticas públicas que integren las instituciones involucradas en el tema y las funciones y atribuciones de las autoridades a través de una política nacional de Salud y Seguridad en el Trabajo con los organismos rectores definidos. Del mismo modo, se propone una cultura de prevención dirigida a evitar antes que reparar los accidentes laborales que involucre a los trabajadores, empleadores y al Estado. Dicha política nacional tiene por finalidad promover medidas adecuadas que garanticen las condiciones sanitarias de todo centro de trabajo que deben ser uniformes y acordes con la naturaleza de la actividad. Así, se busca, en general prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo.

De esta manera se deben implementar normas básicas de seguridad y salud en los centros de trabajo que regulen de forma significativa las condiciones generales de trabajo y un conjunto de medidas destinadas a proteger la salud de los trabajadores, prevenir accidentes y promover el cuidado de la maquinaria, herramientas y materiales con los que se trabaja. Las normas se deben concretar en un conjunto de prácticas de sentido común donde el elemento clave es la actitud responsable y la concienciación de todas las personas a las que afecta.

Para ello, las empresas deben llevar un registro en un libro adecuado y visado de todos los siniestros laborales que se producen indicando la fecha, hora, partes y personas afectadas y tipo de gravedad del accidente: leve, grave o mortal. Con el registro de los accidentes de trabajo se establecerán las

(28) El Perú era el único país en la Sub Región Andina que carecía de un marco de protección normativo con carácter de Ley, en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, y donde se registrara cada vez un mayor incremento de los accidentes de trabajo y las enfermedades ocupacionales.

estadísticas de siniestralidad laboral a nivel de empresa y de otros ámbitos superiores territorialmente o sectorialmente. De acuerdo con las estadísticas de siniestralidad se establecerán los planes, campañas o proyectos de prevención de accidentes laborales

Pero lo más importante para el país, con la nueva Ley, es la fijación de una política nacional de Salud y Seguridad en el Trabajo y la creación de una instancia nacional para dicha política, con ello se pretende crear un sistema nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, junto con un sistema de gestión y en la que además se precisen los deberes y derechos de los empleadores y trabajadores⁽²⁹⁾.

4.2. Modificación de la Ley de Seguridad y la Salud en el Trabajo

A través de la Ley 30222, del 11 de julio de 2014, se modificó la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, con la finalidad de flexibilizar las exigencias de la Ley mencionada. Estas modificaciones tienen el propósito de reducir los costos que conlleva un proceso de implementación del sistema de gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo para las unidades productivas.

Entre las obligaciones que se modificaron tenemos: el compromiso de realizar los exámenes médicos ocupacionales a todos sus trabajadores, lo que implicaba contratar a un médico ocupacional para la realización de los mismos; otra obligación, es la referente a las cuatro capacitaciones anuales en atención a los riesgos a los que se encuentran expuestos los trabajadores por las labores que realizan⁽³⁰⁾.

La novedad de la reciente modificación de la Ley 29783 radica en que las empresas pueden contratar los servicios de empresas de tercerización para la gestión, implementación, monitoreo y cumplimiento de las disposiciones legales sobre seguridad y salud en el trabajo, precisándose que la formalización será mediante la suscripción de un contrato de locación de servicios del Código Civil.

Así, se establece la tercerización del proceso de prevención de accidentes al permitir a las empresas la contratación de terceros para la gestión, implementación,

(29) Así se reconoce la importancia de contar con una Ley de salud y seguridad en el trabajo como se plantea en diversos documentos de la Organización Internacional del Trabajo (2003).

(30) También están las obligaciones de naturaleza documental tales como los registros obligatorios de seguridad y salud en el trabajo, la política de seguridad y salud en el trabajo, el mapa de riesgos y el IPER (identificación de peligros y evaluación de riesgos) que requieren que sean elaborados con la asesoría de especialistas dado que muchas empresas no cuentan con un área de seguridad ocupacional o seguridad industrial que asuma la tarea, -claro está, bajo la dirección del empleador-, de adecuar dichos documentos a la empresa considerando el tipo de actividad económica, la cantidad de trabajadores, el nivel de riesgos de las labores, entre otros aspectos relevantes para lograr un esquema acorde a los riesgos de la unidad productiva.

monitoreo y cumplimiento de las disposiciones legales sobre seguridad y salud en el trabajo. De esta manera, se desliga al empresario de sus responsabilidades frente a un accidente laboral seguido de muerte o lesiones graves.

También se busca que las empresas disminuyan el cuidado de la salud de los trabajadores con la reducción de los exámenes médicos, lo que agravaría la actual situación de salud de miles de trabajadores bajo el argumento de abaratar a las compañías los costos del sistema de gestión salud y seguridad laboral. Y lo más grave es que se reducen las penas establecidas para quienes violen las leyes nacionales y los convenios internacionales que protegen a los trabajadores.

Con ello, se pretende reducir los sobrecostos laborales flexibilizando la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, favoreciendo la conducta rentista y extractivista, contraria a la innovación y al aumento de la productividad. Sobre esto las organizaciones sindicales denunciaron al Gobierno por modificar la Ley de Seguridad y Salud del Trabajo para garantizar mayores ganancias a las empresas a costa de la precarización de las condiciones laborales⁽³¹⁾.

V. DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS

Los temas tratados nos permiten una reflexión de fondo sobre la necesidad de la Seguridad Social en el Perú, a manera de desafíos y perspectivas. Por ello, desarrollaremos, en forma breve, la cobertura de las prestaciones y las normas jurídicas de reconocimiento como derecho a la Seguridad Social; luego trataremos el rol del Estado en materia de Seguridad Social, para terminar la ponencia argumentando la necesidad de la Seguridad Social.

1. Realidad y Derecho

Debemos examinar cuál es la cobertura realmente existente en el país de las prestaciones sociales y cuál es su alcance y limitaciones. Los problemas se pueden enunciar de manera sucinta de la siguiente manera: la debilidad del empleo formal por la proporción de aportantes efectivos con relación a la fuerza laboral: la planilla es débil, en el sentido de expresión de empleo formal con beneficios sociales. Existe un amplio sector de trabajo independiente, temporal, sin contrato o en

(31) La Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), junto a la Federación de Trabajadores en Construcción Civil del Perú (FTCCP), la Federación Nacional de Trabajadores Mineros Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú (FNTMMSP) y la Federación Nacional de Trabajadores del Perú (FNTTP), presentaron una misiva al Congreso en la que denuncian que la medida pondrá en riesgo la salud y la vida de miles de trabajadores a nivel nacional.

términos generales informal. También, la escasa cobertura de los sistemas actuales de seguro social frente al grupo poblacional que enfrenta la contingencia o el riesgo social que por su edad o por determinadas condiciones no pueden encontrar trabajo formal y que por tanto carecen de una fuente segura de ingresos: solo 1 de cada 3 de los mayores de 60 años alcanza algún beneficio⁽³²⁾.

Respecto de la cobertura en salud, si bien esta se ha incrementado en los últimos años. El incremento de la cobertura ha sido sobre todo respecto del denominado Seguro Integral de Salud, el cual cuenta con una cobertura prestacional significativamente menor que la del Seguro Social, consolidándose un sistema estratificado de salud.

Una mirada retrospectiva de la experiencia del SNP del Decreto Ley 19990 lleva a concluir que si bien se planteó como parte de un plan nacional de Seguridad Social, luego se presentaron problemas graves de financiamiento, corrupción administrativa, falta de control de pago de aportaciones, en definitiva no se logró cumplir con los objetivos planteados. Como resultado se llegó a un estancamiento de la plasmación de la Seguridad Social, escepticismo de los asegurados y a una creciente desintegración institucional.

Por otro lado, en términos jurídicos 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”⁽³³⁾. Asimismo, el Convenio 102 de 1952 de la OIT que define las reglas mínimas en Seguridad Social que deben cumplir los Estados parte⁽³⁴⁾. También 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. Es decir, estamos 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 (...)”⁽³⁵⁾.

En el Derecho nacional tenemos la Constitución actual que señala que “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la

(32) Se confirma esta proporción en “Equidad, Desarrollo y Ciudadanía” Santiago 2000, www.cepal.org

(33) 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. ratificada en el Perú por la Resolución Legislativa 13282 del 09 de diciembre de 1959.

(34) El convenio 102, adoptado en 1952, entró en vigor en 1955, estableciendo las normas mínimas sobre Seguridad Social.

(35) Bernardo Gonzalo Gonzáles, Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social, CES, Madrid, 1994, p.17.

comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa” (art.7), “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); asimismo, “El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas y mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento” (art 11); y establece que “los fondos y las reservas de la Seguridad Social son intangibles” (art. 12).

Además, en todos los países de América Latina, en cada Constitución se reconoce expresamente el derecho a la Seguridad Social como garantía constitucional universal⁽³⁶⁾. Sin embargo, más allá de buenas intenciones, nunca se tuvo la universalidad en materia de derechos sociales⁽³⁷⁾; 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. Es decir, no se aplicó la Seguridad Social como una verdadera función redistributiva.

2. Rol del Estado

Tras la oleada de la propaganda millonaria, en la década del noventa, sobre el SPP, mucha de ella con dinero del Estado, la realidad se ha vuelto a imponer y nos encontramos frente a verdaderas limitaciones del modelo privado de pensiones de jubilación que hemos tratado, como también del sistema público en cuanto al rol del Estado que pasamos a exponer.

En efecto, frente a los problemas de la Seguridad Social, es decir, ante las apremiantes necesidades de la población peruana a ser protegida, no fue el funcionamiento irrestricto del mercado, con sus conocidas imperfecciones y limitaciones, el mecanismo adecuado de solución. Aun 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 estricto sensu.

Los mercados modernos no funcionan sobre la base de decisiones individuales; las grandes empresas poseen una fuerza y gravitación difíciles de contrarrestar,

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

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

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, particularmente en el difícil escenario que se extrapola para el futuro.

De hecho, no podemos negar su utilidad en términos de estimular la inversión a través de las AFP 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 entre trabajador, empleador y Estado.

En el Perú, en el SPP, el Estado no tiene responsabilidad y obligación de garantizar las prestaciones sino tan solo un papel promotor y complementario a la gestión privada. Y, el empleador tampoco tiene responsabilidad. No existe la pensión mínima, todo se deja a la posible rentabilidad que puedan tener las AFP. El Estado no se responsabiliza a nada, no garantiza la rentabilidad mínima de los fondos de los trabajadores.

Debemos reconocer que en economías en desarrollo, la experiencia que el Estado ha adquirido como regulador es limitada. Sin duda alguna, en la década del 2000 en nuestro país se contribuyó a dar empuje y solvencia a las experiencias de regulación en general. Esta idea de afirmar la regulación, 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⁽³⁸⁾, o de quienes sostienen la neutralidad del Estado respecto del mundo del trabajo. Esta pretendida neutralidad, sin embargo, es la que nos ha llevado en los años noventa a la crisis del mercado de trabajo con tasas de informalidad, reducción de contratos permanentes e incremento del empleo sin contrato.

(38) Como señalan los liberales: “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” (Jesús Huerta De Soto, Estudios de Economía política, Unión Editorial, Madrid, 2004, p. 261).

3. Necesidad de la Seguridad Social

Las causas del insatisfactorio cuadro que hemos presentado en los puntos anteriores, las podemos atribuir a problemas estructurales, económicos y de manejo administrativo, dado el carácter asumido por el Estado en la Seguridad Social. Por lo tanto, todo cuestionamiento a la Seguridad Social en el Perú debe partir reconociendo estos factores y la gravedad del problema. Esto hace que la discusión tome hoy día un sentido distinto, ya no está en juego una posición voluntarista a favor de una u otra opción, sino la imperiosa necesidad de plantear alternativas.

Además, el cuestionamiento a cualquier sistema de salud o pensiones no debe llevar a proponer su liquidación, sino a superar esos problemas, para lograr que funcione a través de mecanismos que signifiquen redistribuir mejor la riqueza, afectando la renta nacional de tal modo que sea costeadada por todos para proteger a todos los peruanos. Esto supone solucionar los problemas reales que afectan al sistema peruano, como la cobertura minoritaria e injusta, la informalidad en su aplicación y la complejidad administrativa.

Entonces, a pesar de las insuficiencias que la Seguridad Social ha demostrado en el Perú, pensamos que ella seguirá vigente como sistema en torno al cual la acción del Estado debería reformular su estrategia, en tanto dista mucho de lo que es la previsión social que tuvo vigencia hace muchas décadas o el seguro social contributivo. Por eso, la necesidad de la Seguridad Social en el mundo es admitida por todos, aunque con diferentes matices y énfasis. Pero ¿cuál es el lugar que debe tener en la sociedad y en el Estado? Responder a esa pregunta en una sociedad en permanente confrontación de realidades y derechos, y en un contexto de globalización de la economía, requiere de una nueva óptica: la consideración de nuevos enfoques en materia de política social puede ser altamente significativo y las reflexiones que van por nuevos caminos que vinculan el crecimiento con la gobernabilidad deben ser exploradas.

En ese sentido, desde hace años se vienen planteando 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”⁽³⁹⁾. Debemos considerar la Seguridad Social desde el individuo, como

(39) 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 1997.

derecho humano fundamental que aliente o haga posible el disfrute real y efectivo de todos los demás derechos⁽⁴⁰⁾.

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 nos permite un marco conceptual para construir un enfoque de política social alternativa⁽⁴¹⁾ que se confronta con 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. Lo dicho implica establecer estrategias y construir viabilidades para resolver los graves problemas de cobertura e inequidades que enfrenta el tema previsional en el Perú y hacerlo con eficacia, eficiencia, sostenibilidad y equidad, que son los criterios típicos que hoy se plantea la política social

Y la realidad pensionaria y el conjunto de la documentación revisada muestran aspectos polémicos, especialmente la necesidad de contar con un modelo mixto que combine el sistema público, como un componente básico y obligatorio, con el régimen de capitalización plena e individual como complemento. Un sistema público con una pensión básica y prestación definida bajo un sistema de reparto y el de capitalización otorgaría un monto adicional sobre los aportes voluntarios.

Es decir, tendría dos componentes, superando el modelo dual u opcional: un sistema público de reparto y beneficios definidos, y un sistema privado de capitalización individual, el cual pagaría una pensión complementaria. Una parte de

(40) Recordemos la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social” (art. 22).

(41) Al estilo del Informe Beveridge (1941), en el que se proponía sacar a Gran Bretaña del empobrecimiento de su población que era consecuencia de la II Guerra Mundial, la Seguridad Social adquirió un concepto aún más amplio.

la cotización iría al régimen público de reparto, que puede solventar una pensión básica y universal a los contribuyentes, la otra parte se incorpora a la cuenta individual una pensión complementaria.

Se pueden señalar algunas constataciones de la viabilidad de un modelo mixto, tales como la cobertura global no parece haber aumentado, sigue acotada a los trabajadores dependientes del sector formal, más aún con mercados laborales volátiles e informalizados crecientemente; el Estado sigue teniendo un papel sumamente importante en el sistema, en especial respecto de los trabajadores de bajos ingresos. Además, se solucionaría el tramo de personas que califican para pensiones mínimas, no estando incorporadas al sistema de capitalización, porque su saldo acumulado es insuficiente para financiar una pensión lo cual requiere de un esfuerzo fiscal complementario.

En definitiva, se trata de examinar pasar del seguro social a la Seguridad Social como estrategia política. Se entiende como seguro social a la protección de una determinada población especialmente contra riesgos y 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⁽⁴²⁾. Estos seguros siguen el modelo “Bismarck” que es financiado por los trabajadores y empleadores y administrado por el Estado.

La diferencia con la Seguridad Social es 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⁽⁴³⁾. En efecto, la Seguridad Social constituye no solo un seguro, donde se corresponden aportaciones actuales y prestaciones futuras, sino que también cumple una función redistributiva⁽⁴⁴⁾. De

(42) 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.

(43) Según 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, p.13-14).

(44) “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” (Joseph E. Stiglitz, *La Economía del Sector Público*, 2da Edición, Universitat Pompeu Fabra, Antoni Bosch Editor, 1998, p. 372).

este modo se considera a todos los ciudadanos que no tienen acceso a los seguros contributivos por razones de informalidad y pobreza.

La Seguridad Social permite un adecuado alineamiento de intereses e incentivos, la reducción de los costos de transacción existentes y la posibilidad de decidir como ciudadanos, a través de mecanismos que impiden la “selección adversa”, el “azar moral”, las “asimetrías de información”⁽⁴⁵⁾. Entonces, en este nuevo contexto político, la reflexión de fondo sobre la necesidad de la Seguridad Social debe partir de la realidad y de las normas internacionales como el fundamento jurídico que hemos señalado. No se puede seguir con políticas asistencialistas con el intento de paliar los problemas sociales solo como instrumento político.

Se debe pasar de un “debe ser” legal⁽⁴⁶⁾ a un imperativo histórico de implementación de la Seguridad Social, como un proceso de transformación que se necesita hace años. Obviamente, sin descartar la necesidad de mantener todavía ciertos programas sociales, hasta superar los problemas económicos. En definitiva más que un instrumento técnico, la Seguridad Social debe ser una estrategia política. Será uno de los desafíos más grandes del nuevo gobierno.

Para ello, “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”⁽⁴⁷⁾ 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.

(45) Eventualmente completa un contrato social, con un componente de riesgo e incertidumbre, en especial porque está vinculado a compromisos de largo y muy largo plazo (Daniel Córdova, *La Nueva Economía Institucional y el análisis del subdesarrollo en América Latina*, Revista de Economía y Derecho, Vol 1, N° 2, Lima, 2004, pp. 7-23).

(46) Incorporado por el constitucionalismo contemporáneo (Néstor Pedro Sagüés, *Teoría de la Constitución*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 91 - 108).

(47) Helmut Schwarger, Pablo Casalí y Fabio Bertanou (Coordinadores), OIT, Oficina regional para América Latina y el Caribe, 2014, 113 p. Documento presentado en el Seminario Regional “El rol de los pisos de protección social en América Latina y el Caribe, 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.

VI. CONCLUSIÓN

Podemos señalar algunas ideas, a manera de conclusión. Hemos desarrollado una visión panorámica de la Seguridad Social en el Perú y sus tendencias. También hemos reseñado los problemas centrales que enfrenta el seguro social 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 peruana se encuentran en estado de necesidad y vulnerables a cualquier riesgo.

Por ello, existe la necesidad del paso del seguro social contributivo a 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. Pero debe ser producto de 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.

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 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 el Perú en la construcción de una sociedad que haga compatible el crecimiento económico y el desarrollo con equidad social.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Aparicio Valdez Luis, Análisis Laboral, Vol. XXVI, N° 301, AELE, Lima, julio 2002.

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, C. Solorio y W. Van Ginneken (eds.), Pensiones no contributivas y asistencias: 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, Revista de Estudios Públicos, 58, 1995.

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

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, Presses de Sciences, Paris, 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, Revista Páginas, Ed. CEP, Lima, agosto, 2014.

Gamarra Vilchez Leopoldo, Privatización de la Seguridad Social, Revista Páginas, Ed. CEP, 150, Lima, abril 1998.

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.

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". 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 Alberto Garzón, 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 Seul, 2013.

Rosavallon Pierre, La nouvelle question sociale, repenser l'état-providence, Editions du Seul, París, 1995.

Sagües Néstor 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, Lima, 2014.

Sen Amartya, Desarrollo y libertad, Editorial Planeta, Buenos Aires, 2000.

Stiglitz Joseph, La economía del sector público, 2da edición, Universitat Pompeu Fabra, Antoni Bosch Editor, 1998.

EL SEGURO DE DESEMPLEO

Yenny Pinto Sarmiento⁽¹⁾

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Durante su vida y por diversas razones, el ser humano puede enfrentar problemas que le hacen imposible adquirir bienes o servicios indispensables para vivir, originando el llamado estado de necesidad o carencia de bienes⁽²⁾. A lo anterior debemos añadir que el 3 de junio de 2014, la Directora General Adjunta de la OIT, Sandra Polaski, dio a conocer que más del 70% de la población mundial no tiene verdadera protección social, de acuerdo a lo referido en un nuevo informe de la Organización Internacional del Trabajo, presentado en Ginebra. En dicho informe se señala que en promedio 39% de la población mundial carece de cuidados de salud, casi la mitad de las personas, 49%, que han superado la edad de jubilación, no reciben ninguna pensión, solamente el 30% de los trabajadores del mundo pagan cotizaciones para jubilación, y que muchas de las jubilaciones recibidas son limitadas. Junto a lo anterior se contempla que los gastos de protección social de desempleo varían mucho de un país a otro, por cuanto solamente el 12% de los desempleados perciben subsidios de desempleo⁽³⁾.

Este tipo de situaciones hacen surgir la Seguridad Social, pues, como indica William Beveridge, la Seguridad Social tiene por objeto: “abolir el estado de necesidad, asegurando a cada ciudadano en todo tiempo, una entrada suficiente

(1) Profesora de Derecho del Trabajo en la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica del Norte.

(2) Lanata Fuenzalida, G., Manual de legislación previsional, Santiago, Thompson Reuters, 2ª edición, 2015, p. 1.

(3) OIT, XIII CIET sobre PEA, Ocupados, Desocupados y Subocupados, octubre 1082, Ginebra.

para hacer frente a sus necesidades”⁽⁴⁾. Por su parte, a la Seguridad Social podemos definirla, de acuerdo a lo señalado por Beveridge, como: “un conjunto de medidas adoptadas por el Estado para proteger a los ciudadanos contra aquellos riesgos de concreción individual que jamás dejarían de presentarse, por óptima que sea la situación de conjunto de la sociedad en que vivan”⁽⁵⁾. Es decir, la Seguridad Social es definida más por sus fines que por la forma de hacer o los medios utilizados para ello⁽⁶⁾.

Como se puede apreciar, puede afirmarse con Alonso Olea y Tortuero Plaza que: “en tal definición la Seguridad Social es prevención y remedio de siniestros que afectan al individuo en cuanto miembro de la sociedad y que esta es incapaz de evitar en su fase primera de riesgo, aunque puede remediar y, en alguna medida, prevenir su actualización en siniestro”, y añaden que: “la Seguridad Social es un mecanismo interpuesto entre una situación potencial siempre presente de riesgo y una situación corregible, y quizá evitable, de siniestro, allegando recursos que garanticen el mecanismo”⁽⁷⁾.

Con relación a las ramas de la Seguridad Social, debemos señalar que no existe hoy un criterio uniforme en cuanto a esta clasificación, aunque históricamente ha predominado la que señala seis disciplinas: medicina social, asistencia social, seguros sociales, servicios sociales y políticas de pleno empleo y de vivienda⁽⁸⁾. Por su parte, a nivel internacional, la Organización Internacional del Trabajo, en el Convenio 102⁽⁹⁾ sobre la Seguridad Social, indicó la existencia de nueve ramas principales: la asistencia médica, enfermedad, desempleo, vejez, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, familia, maternidad, invalidez, y prestaciones de sobrevivientes⁽¹⁰⁾.

(4) Véase Núñez Ortega, J., *El seguro de desempleo*, Santiago, Editorial Parlamento, 2004, p. 25.

(5) *Full Employment in a Free Society*, Londres, 1944, p.11. Disponible en http://lib-161.lse.ac.uk/archives/beveridge/9A_79_Full_employment_in_a_free_society.pdf.

(6) Alonso Olea, M., Tortuero Plaza, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 14ª edición, 1995, p. 19.

(7) Alonso Olea, M., Tortuero Plaza, J.L., *ob. cit.*, p. 19.

(8) Así se señaló en el Informe sobre la reforma de la Seguridad Social Chilena de la Comisión de Estudio de la Seguridad Social. Disponible en https://books.google.cl/books?id=BsgEAmregLEC&pg=PR20&lpg=PR20&dq=informe+sobre+la+reforma+de+la+seguridad+social+chilena+comisión+de+estudio+de+la+seguridad+social&source=bl&ots=VcwZM-u7oV&sig=Px0PAAZTSIjmwluF3M5wV0ew4tU&hl=es&sa=X&ved=0ahUKewjenom075_JAhXNp5AKHbeOCpEQ6AEIKTAD#v=onepage&q=informe%20sobre%20la%20reforma%20de%20la%20seguridad%20social%20chilena%20comisión%20de%20estudio%20de%20la%20seguridad%20social&f=false.

(9) Convenio adoptado en la 35ª reunión de la conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra el 28 de junio de 1952. En su parte IV establece las “prestaciones de desempleo” señalando en el artículo 19 que “todo miembro por el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de desempleo (...)”.

(10) Lanata Fuenzalida, G., *ob. cit.*, p. 14-15.

Como podemos observar, entre los acontecimientos de los que se preocupa la Seguridad Social se encuentra el desempleo, que ha sido objeto, a nivel mundial, de debates acerca de cómo mejorar los instrumentos de protección social.

Por desempleo podemos entender, en sentido amplio: “la situación de quien ha tenido la intención de trabajar y no puede ejercitarla por carecer de un trabajo”⁽¹¹⁾. Por su parte, Alonso Olea y Tortuero Plaza lo han definido como: “la situación en que se encuentran quienes pudiendo y queriendo trabajar se hallan en desempleo total o parcial, siempre que advengan en tal situación tras un trabajo previo”⁽¹²⁾.

Además, es menester señalar que de acuerdo a lo señalado por el Diccionario de la Real Academia Española, el desempleo está referido al paro forzoso, por lo tanto, el desempleado es aquel que forzosamente se encuentra sin trabajo. A diferencia del cesante, que es quien se ha quedado sin trabajo. Por lo anterior, y como lo señala Arellano Ortiz, existe una gran diferencia entre ambos conceptos, “por un lado el desempleo dice relación con quien le es imposible trabajar y por el otro, la cesantía, aquel que estaba trabajando y deja de hacerlo por múltiples motivos”. Sin embargo la Ley emplea ambos conceptos como sinónimos utilizándolos indistintamente⁽¹³⁾.

Uno de los mecanismos para enfrentar esta problemática ha sido el seguro de desempleo, el que ha sido entendido como: “un sistema de cobertura que ha sido creado por las instituciones de previsión social, para otorgar a los trabajadores que se encuentren desempleados el goce de una prestación, siempre que cumplan con los requisitos que la Ley haya impuesto como condicionante para el ejercicio de este derecho. Para estos efectos, es necesario que el trabajador se encuentre afiliado al sistema y aporte mensualmente una cotización para contribuir a su financiamiento”⁽¹⁴⁾. El rol que cumplen este tipo de prestaciones es muy relevante, sobre todo, desde el punto de vista económico, contribuyendo en gran medida a disminuir los efectos perjudiciales de la pérdida del empleo, frenando escaladas ascendentes de desempleo, permitiendo al trabajador cesante contar con recursos imprescindibles para satisfacer sus necesidades. Y por otra parte, permite mantener un cierto nivel de consumo interno que es indispensable para la continuidad de la actividad productiva del sector privado, de la que a su vez depende, en gran medida, la generación de nuevos puestos de trabajo⁽¹⁵⁾.

(11) Novoa, p., *Derecho de Seguridad Social*, Santiago, Editorial Jurídica, 1977.

(12) Alonso Olea, M., Tortuero Plaza, J.L., ob. cit., p. 207.

(13) Arellano Ortiz, p., “A un año de su vigencia, algunos tópicos de interés del seguro de desempleo”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Núm. 211, 2002, pp. 202-203.

(14) Núñez Ortega, J., ob. cit., p. 38.

(15) Caamaño Rojo, E., “Seguro de cesantía y promoción del empleo”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIV, 2003, p. 178.

Sin embargo una de las grandes dificultades, y así lo ha señalado Arellano, en torno a este seguro, es que en nuestro país no se encuentra definido legalmente, lo que ha provocado una serie de problemas, como –por ejemplo– en la tramitación del proyecto, donde se emitieron opiniones respecto a lo que se entiende por seguro de desempleo en el plano dogmático, estando algunas completamente erradas, llegando a confundir términos económicos con otros de Seguridad Social⁽¹⁶⁾.

En cualquier caso, al menos desde el punto de vista teórico, el seguro de desempleo no puede ser confundido con el subsidio de cesantía, que puede ser definido como: “una prestación mínima de tipo social, de carácter legal y pecuniario financiado por el Estado, cuya finalidad es acudir en ayuda del trabajador cesante.”, y que, por tanto, trasciende la idea de un seguro que cubre como contingencia y por cierto tiempo, el desempleo.

Analizaremos en los apartados siguientes la regulación chilena, una vez entrada en vigencia de la Ley N° 19.728.

II. LA LEY N° 19.728 Y LA PROTECCIÓN DEL DESEMPLEO

A. Entrada en vigencia de la Ley N° 19.728: sus criterios orientadores y principios

Producto de un intenso proceso de consulta y diálogo social el 14 de mayo de 2001 se publica en el diario oficial la Ley N° 19.728, que establece un seguro de desempleo. Esta iniciativa se enmarca dentro del profundo proceso de transformaciones que experimenta el trabajo, tanto a nivel nacional como internacional, producto de la globalización y de los cambios introducidos al sistema de bienes y servicios y de las innovaciones en el orden tecnológico. Es en este contexto que las empresas se enfrentan a una creciente competencia, la que genera mayor movilidad relativa en el empleo, lo que hace necesario redefinir instrumentos acordes a las nuevas realidades, particularmente en caso de perder el empleo, por lo que ello implica.

En cuanto a los criterios orientadores del proyecto de Ley, podemos mencionar los siguientes:

- a) Mayor protección social, lo que responde a una política laboral que pretende la consecución del progreso social en el marco de un

(16) Arellano Ortiz, p., ob. cit., p. 203.

desarrollo económico, estable y sostenido. Persigue, por tanto, obtener resultados de justicia y equidad a todos los que contribuyen a lograrlo.

- b) Mantención de niveles de ingresos durante el período de cesantía. Ahora, el objetivo de este proyecto atendía a la necesidad de buscar un sistema que permitiera que cuando un trabajador perdiera su empleo, encontrara un mecanismo efectivo que le permitiera tener un ingreso mientras buscara un nuevo trabajo.
- c) Tomar en cuenta la experiencia comparada, en el sentido de examinar exhaustivamente la experiencia y tendencias de los países desarrollados, pero a la vez con el cuidado de formular propuesta acorde con nuestras posibilidades fiscales y económicas.
- d) Ahorro y fondo solidario: se combina un esquema de ahorro obligatorio, sobre la base de Cuentas Individuales por Cesantía, con la creación de un Fondo de Cesantía Solidario que opera como fondo de reparto.
- e) Efectos adicionales: se contempla el pago de una prestación a todo evento en beneficio del trabajador⁽¹⁷⁾, o de su familia si fallece. Además busca generalizar para los trabajadores dependientes las indemnizaciones, pensando en el caso de las negociaciones colectivas que pactan condiciones diferenciadas.
- f) Responsabilidad pública: con el objeto de complementar prestaciones básicas por un período razonable de búsqueda de empleo.

En cuanto a los principios de Seguridad Social que fueron recogidos en la iniciativa⁽¹⁸⁾ podemos mencionar los siguientes:

- a) Universalidad: al estar protegidos con este seguro todos los trabajadores dependientes regidos por el Código del Trabajo, excluyendo solo a las trabajadoras de casa particular al tener un tratamiento especial en dicho código⁽¹⁹⁾.

(17) Tomando en cuenta que en muchos casos el trabajador no tiene derecho a indemnización cuando su contrato se extingue, como la renuncia, el mutuo acuerdo, caso fortuito, cumplimiento del plazo, o por las razones de caducidad.

(18) Disponible en: www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id...3/.../1/HL19728...

(19) La Seguridad Social establece entre sus principios una Universalidad subjetiva y otra objetiva; en cuanto

- b) Solidaridad: en el entendido que este seguro atiende un estado de necesidad, resguardando que los trabajadores de escasos ingresos tengan un régimen de prestaciones básicas si su cuenta individual por cesantía no se los permite⁽²⁰⁾.
- c) Uniformidad: el proyecto buscaba una igualdad, señalando que todos los trabajadores tendrían el mismo tratamiento jurídico frente a su derecho a prestaciones⁽²¹⁾.
- d) Subsidiariedad: en el sentido que el Estado conservaba su atribución de fiscalizar el cumplimiento de la normativa⁽²²⁾.

B) Sujetos del seguro

La Ley regula un complejo sistema subjetivo, en términos de cobertura. Hay sujetos protegidos que se incorporan automáticamente al régimen, otros que debe optar por él y, enseguida, la Ley establece una serie de trabajadores a quienes no alcanza la protección legal, como veremos seguidamente.

1. Personas protegidas

De acuerdo al artículo primero y segundo de la Ley N° 19.728, el seguro obligatorio de cesantía se establece a favor de los trabajadores dependientes regidos por el Código del Trabajo, que inicien o reinicien actividades laborales con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.728.

al principio de Universalidad subjetiva, como señaló Beveridge implica la obligación de proteger a la población que resulte afectada por alguna contingencia social, cualquiera fuera su causa, por medio de la acción solidaria de todos los integrantes del sistema, sin ninguna discriminación. En cambio la objetiva establece la obligación de cubrir los diferentes riesgos y contingencias sociales que afectan a la población, ya sea por falta de salud, medios económicos o por la adición de obligaciones derivadas de vínculos familiares. Es por esto que se considera que sería parte de estas contingencias la enfermedad, maternidad, invalidez, vejez, muerte, viudez, orfandad, accidentes comunes y del trabajo, enfermedades profesionales, cargas familiares y por último, el que es objeto de nuestro estudio, el desempleo.

- (20) De acuerdo a lo señalado por Arellano: “este debe ser considerado como un principio inspirador de todos los sistemas de Seguridad Social” añadiendo que “todo sistema nacional de Seguridad Social que se considere como tal debe tener en cuenta que la protección que se entrega afecta a la población en su totalidad” (Arellano, p., ob. cit., p. 61).
- (21) Entre los principios de la Seguridad Social encontramos la igualdad, cuyo objeto es que la legislación establezca mecanismos para asegurar que toda persona sea tratada de la misma manera no importando su nacionalidad, sexo, edad, etc., puesto que el derecho a la Seguridad social es un derecho humano que no debe ser restringido a ninguna persona (Véase Arellano, p., ob. cit., p. 62).
- (22) Luego de las dos guerras mundiales, durante el siglo XIX y la confirmación de los Estados sociales de derecho y los Estados de bienestar, corresponde a los Estados asumir la responsabilidad respecto de la protección de las personas ante riesgos sociales, la que se manifiesta no solo a través de la ordenación y supervigilancia de la entrega de las prestaciones de Seguridad Social, sino además velar por la estabilidad financiera de la Seguridad Social (Arellano, p., ob. cit., pp. 60-61).

En cuanto a la afiliación al seguro podemos distinguir entre una afiliación automática y otra opcional.

En relación con la afiliación automática, la Ley establece que tendrán dicha afiliación los trabajadores dependientes que inicien o reinicien actividades laborales reguladas por el Código del Trabajo con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.728, es decir a partir del 2 de octubre del 2002, los que serán obligados a cotizar a contar de la fecha en que se produzca la respectiva relación laboral, todo ello conforme al artículo 2 de la Ley. En estos casos, las cotizaciones destinadas al financiamiento del Seguro se devengarán a contar de la fecha en que inicien o reinicien la relación laboral, correspondiendo efectuar el primer pago de cotizaciones el mes siguiente de producida la afiliación automática, por aquellas remuneraciones devengadas el mismo mes de afiliación. Para los efectos legales y estadísticos se entenderá que dichos trabajadores se encuentran afiliados al Seguro a partir de la fecha que inician o reinician sus labores⁽²³⁾.

Por su parte, la afiliación opcional opera en el caso de los trabajadores que contaban con contrato ya vigente a la fecha de entrada en vigencia de dicha Ley, conforme al artículo primero transitorio. A ellos se les reconoce un derecho de opción, pudiendo el trabajador optar voluntariamente por este sistema, estando obligado en ese caso a cotizar en los términos señalados por la Ley⁽²⁴⁾. Para hacer efectiva esta opción el trabajador debía comunicar al empleador su decisión de afiliarse al nuevo sistema con a lo menos 30 días de anticipación, la que se hacía efectiva el día primero del mes siguiente al de la recepción de la comunicación⁽²⁵⁾. Lo anterior, de acuerdo con la Ley, no afecta en modo alguno la antigüedad efectos de la indemnización por años de servicio⁽²⁶⁾.

A efectos de manifestar su opción al Seguro, los trabajadores deberán suscribir el formulario denominado Solicitud de Afiliación al Seguro de Cesantía, adjuntando en dicho acto fotocopias por ambos lados, de su cédula nacional de identidad legalmente válida. La suscripción del formulario podía efectuarla en su lugar de trabajo ante representante autorizado de la AFC, o concurriendo a un centro de atención de público de la Sociedad Administradora.

(23) Compendio de normas del seguro de cesantía.

(24) Caamaño Rojo, E., ob. cit., p. 180.

(25) En caso de no efectuar dicha comunicación no se entienden incorporados a dicho seguro, por ende, no tiene obligación de cotizar, por lo que aquellos trabajadores se registrarán por el DFL N° 150, de 1981. Dictamen de la SUSESO N° 029969 de 14/05/2013.

(26) Núñez Ortega, J., ob. cit., p. 48.

Para los efectos legales y estadísticos se entenderá que el trabajador se encuentra afiliado al Seguro, a contar del primer día del mes siguiente a aquel en que se suscribió el formulario de afiliación⁽²⁷⁾.

2. Personas excluidas

El seguro establece una serie de exclusiones a varios trabajadores, como veremos seguidamente.

En primer lugar, los trabajadores del sector público. De acuerdo al artículo 1 de la Ley N° 19.728, el seguro se establece a favor de los trabajadores dependientes regidos por el Código del Trabajo, por lo tanto, debemos excluir a los trabajadores que no estén regidos por dicho cuerpo legal. De acuerdo al artículo 1 del Código del Trabajo, se encuentran fuera de su ámbito de aplicación los funcionarios de la Administración del Estado, Congreso Nacional, Poder Judicial, trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que este tenga aportes, participación o representación y siempre que se encuentren sometidos por Ley a un estatuto especial.

El argumento que se dio para excluir a estos trabajadores, es que tienen su propio ámbito de protección otorgado por el Estatuto Administrativo, contemplado en la Ley N° 18.834, que en su artículo 146 señala que en el caso que se declare irrecuperable la salud de un funcionario, este deberá retirarse de la Administración dentro del plazo de seis meses, contados desde la fecha en que se le notifique la resolución por la cual se declare su irrecuperabilidad. Durante dicho plazo el trabajador no está obligado a trabajar y goza de todas las remuneraciones correspondientes a su empleo las que serán de cargo de su empleador. Por esta razón, tiene un equivalente a la indemnización, pero solo en caso de enfermedad⁽²⁸⁾.

Este tema fue muy discutido en el Congreso, sobre todo para el caso de los funcionarios a contrata. Sin embargo, el Poder Ejecutivo señaló que la rotación era muy reducida y que no correspondía mezclar beneficios por término de la relación laboral de regímenes laborales distintos⁽²⁹⁾.

En segundo término, los trabajadores de casa particular. El artículo 2 de la Ley establece en su inciso tercero que lo dispuesto por esta Ley no regirá respecto de los trabajadores de casa particular. El fundamento de lo anterior es que este tipo de trabajadores cuentan con un sistema especial de indemnización por años de

(27) Compendio de normas del Seguro de Cesantía, Libro I.

(28) Núñez Ortega, J., ob. cit., pp. 57-58.

(29) Lanata Fuenzalida, G., ob. cit., pp. 600-601.

servicio a todo evento, que se financia con un aporte del empleador, equivalente al 4,11% de la remuneración mensual imponible, contemplada en el artículo 163 inciso cuarto del Código del Trabajo⁽³⁰⁾. Para estos efectos, el empleador debe abrir una cuenta en una AFP, y deberá depositar mensualmente este aporte, que equivale aproximadamente a una indemnización de 15 días por años de servicio, lo que se determinará por los aportes más la rentabilidad que se haya obtenido de ellos⁽³¹⁾.

En tercer lugar, los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje. El artículo 2 de la Ley también excluye de su ámbito de aplicación a los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje, que de acuerdo al artículo 78 del Código del Trabajo, es la convención en virtud de la cual un empleador se obliga a impartir a un aprendiz, por sí o a través de un tercero, en un tiempo y en condiciones determinados, los conocimientos y habilidades de un oficio calificado, según un programa establecido, y el aprendiz a cumplirlo y a trabajar mediante una remuneración convenida⁽³²⁾. El criterio utilizado para excluir a este tipo de trabajadores es que este seguro no fue creado pensando en ellos, sino más bien en aquellos que se han incorporado definitivamente a la vida laboral⁽³³⁾.

En cuarto lugar, los trabajadores menores de 18 años hasta que cumplan la mayoría de edad. Se esgrimieron los mismos argumentos que en el caso anterior, aunque el tema fue bastante discutido durante su tramitación por considerarlo discriminatorio.

Y, finalmente, los pensionados que continúan trabajando. La Ley establece que no regirá para los pensionados, salvo que la pensión se hubiere otorgado por invalidez parcial. En nuestro sistema existen dos tipos de invalidez, la regulada por el D.L. N° 3.500, que trata la invalidez común o no laboral, la que puede ser parcial; y la regulada por la Ley N° 16.744, que regula la invalidez laboral derivada

(30) Al respecto, la Dirección del Trabajo, en el Dictamen N° 3677/126 ha señalado que lo contenido en el inciso cuarto del artículo 163 no se aplica a los dependientes asimilados a los trabajadores de casa particular, lo que se regirán por las normas generales. Para esto precisa que son trabajadores de casa particular las personas que se dedican en forma continua, sea jornada completa o parcial, al servicio de una o más personas naturales o una familia, en trabajos de aseo o asistencia propios de un hogar. Sin embargo, el inciso segundo del artículo 146 del Código del Trabajo ha asimilado a estos trabajadores a aquellas personas que realizan labores iguales o similares en instituciones de beneficencia cuya finalidad sea atender a personas con necesidades especiales de protección o asistencia, proporcionándoles los beneficios propios de un hogar. A quienes no se les aplica la presente normativa.

(31) Núñez Ortega, J., ob. cit., p. 62.

(32) Además los artículos siguientes han establecido una serie de requisitos para este tipo de contrato, como no estar sujeto a la limitación del ingreso mínimo legal, que solo puede ser aprendiz los menores de veintiún años, que estos trabajadores no pueden exceder el diez por ciento del total de trabajadores ocupados a jornada completa en la respectiva empresa, que el contrato no puede exceder los dos años, etc.

(33) Núñez Ortega, J., ob. cit., pp. 62-63.

de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, que también podría ser parcial. Por lo anterior surge la pregunta ¿a qué tipo de invalidez parcial se refiere la Ley N° 19.728? ¿a la regulada por la Ley N° 16.744, a la del D.L. N° 3.500, o a ambos? La doctrina ha entendido que, al no hacer la Ley distinción alguna, se aplica a ambas⁽³⁴⁾.

3. Situación especial de los trabajadores contratados a plazo o para una obra, trabajo o servicio determinado

En un primer momento, la Ley consagró un sistema especial para este tipo de trabajadores, cuya regulación se encontraba en los artículos 3, 21 y 22, disposiciones que posteriormente fueron derogadas por la Ley N° 20.328, publicada el 30 de enero de 2009 en el Diario Oficial.

Antes de la reforma, la obligación de cotizar era de cargo exclusivo del empleador, correspondiendo a un 3% de las remuneraciones imponibles, lo que era abonado íntegramente en la Cuenta Individual por Cesantía, es decir, los eximía de cotización. Una vez que terminaba el contrato por las causales del artículo 159, números 4 y 5 del Código del Trabajo, este tipo de trabajadores podía retirar en un solo giro en total acumulado en esta cuenta, debiendo acreditar, para ello, la terminación de contrato, un mínimo de seis meses de cotizaciones mensuales, continuas o discontinuas, contados desde la afiliación al seguro o desde la fecha en que se había devengado el último giro que hubiere tenido derecho.

La razón para hacer este distingo era que este tipo de trabajadores tenía un contrato, por lo general, esporádico y de corta duración, además la idea se sustentó en el posible comportamiento oportunista que podía presentarse, poniendo en riesgo la estabilidad financiera del Fondo de Cesantía Solidario. Sin embargo, el año 2009 se modifica este sistema especial, en atención a que este tipo de trabajadores hasta el año 2008 representaban el 80% de los beneficiarios con este seguro, pero que solamente tenían acceso a los recursos acumulados en su cuenta individual de cesantía⁽³⁵⁾.

En la actualidad, es decir, de acuerdo con la reforma antes señalada, tienen acceso al Fondo Solidario y se modifica la distribución del aporte patronal y se destina solo el 2,8 % de la remuneración imponible a la Cuenta Individual de

(34) Véase Lanata Fuenzalida, G., ob. cit., p. 602. En el mismo sentido Núñez Ortega, J., ob. cit., p. 64.

(35) Además al año 2008 el 44% de los cotizantes del seguro correspondía a trabajadores con contrato a plazo fijo o por obra, trabajo o servicio determinado, lo que hizo necesario replantear la restricción de acceso al Fondo de Cesantía Solidario para este grupo de trabajadores, especialmente en el contexto del establecimiento de un adecuado sistema de protección social para nuestro país. (Mensaje de la Ley N° 20.328, disponible en www.bcn.cl).

Cesantía y el 0,2% restante al Fondo Solidario. En caso de transformarse en contrato indefinido quedan afectos al régimen general de seguro de desempleo⁽³⁶⁾.

C) Financiamiento del seguro

El seguro obligatorio de cesantía establece un sistema de financiamiento tripartito. En efecto, se financia con cotizaciones de los trabajadores y empleadores más un aporte fiscal, lo que ha sido uno de los criterios clásicos de los sistemas de protección social en los países más avanzados⁽³⁷⁾.

Con relación a las cotizaciones debemos distinguir, como ya hemos señalado, en consideración a quien las aporta:

1. Cotizaciones de cargo del trabajador

De acuerdo al artículo 5 letra a) de la Ley, el seguro se financiará con un 0,6% de las remuneraciones imponibles, de cargo del trabajador con contrato de duración indefinida. Si, en cambio, el contrato a plazo fijo se transforma en contrato de duración indefinida, el trabajador quedará afecto a dicha cotización a contar de la fecha que se hubiere producido tal transformación, o a contar del día siguiente al vencimiento del período de quince meses establecido en el N° 4 del artículo 159 del Código del Trabajo.

De acuerdo al artículo 6, se considera remuneración para estos efectos la señalada en el artículo 41 del Código del Trabajo. Las cotizaciones se calcularán sobre aquellas, hasta el tope máximo equivalente a 90 Unidades de Fomento consideradas al último día del mes anterior al pago. Dicho tope se reajustará anualmente, de acuerdo a la variación del Índice de Remuneraciones Reales determinadas por el Instituto Nacional de Estadísticas o el índice que los sustituya, entre noviembre del año ante precedente y noviembre del año precedente al que comenzará a aplicarse el reajuste. El tope imponible así reajustado, comenzará a regir el primer día de cada año.

Con todo, el tope imponible será reajustado siempre que la variación del índice antes mencionado sea positiva. Si fuese negativa, el tope mantendrá su valor vigente en Unidades de Fomento y solo se reajustará en la oportunidad en que se produzca una variación positiva.

(36) Lanata Fuenzalida, G., ob. cit., pp. 602-603. En el mismo sentido Núñez Ortega, J., ob. cit., pp. 60-61.

(37) Walker Errázuriz, F. y Liendo Roa, R., Seguro de Cesantía, Nueva legislación Chilena. Disponible en http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/127422/146%20WALKER_LIENDO.pdf?sequence=1. En el mismo sentido Arellano, p., ob. cit., p. 239; Caamaño Rojo, E., ob. cit., p. 180; y Lanata Fuenzalida, G., ob. cit., p. 606.

2. Aporte estatal

El artículo 5 de la Ley N° 19.728 establece la forma de financiamiento del Seguro de Desempleo, señalando en la letra c) el monto total anual que aportará el Estado a dicho financiamiento, el que asciende anualmente a un total de 225.792 unidades tributarias mensuales, las que se enterarán en 12 cuotas mensuales de 18.816 unidades tributarias mensuales.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo tercero transitorio de la citada Ley señalaba que para los primeros seis años de operación del Seguro de Cesantía el monto del aporte del Estado sería inferior al indicado anteriormente, además de establecer el procedimiento mediante el cual este monto se ajustaría anualmente hasta el sexto año de operación inclusive para efectos del aporte anual⁽³⁸⁾.

3. Cotizaciones de cargo del empleador

a) Determinación del aporte del empleador

De acuerdo al artículo 5 letra b), el seguro se financiará con un 2,4 % de las remuneraciones imponibles, en el caso de los trabajadores con contrato de duración indefinida y un 3 % de las remuneraciones imponibles para los trabajadores con contrato a plazo fijo, o por obra, trabajo o servicio determinado.

Como podemos observar, la Ley distingue según si se trata de un trabajador con contrato indefinido o a plazo fijo o por obra o servicio. En el caso de los trabajadores con contrato indefinido, el cargo equivale al 2,40 % de la remuneración imponible, de esta el 1,6 % debe depositarse en la Cuenta Individual por Cesantía del afiliado y el 0,8 % restante ingresa al Fondo de Cesantía Solidario. A diferencia de los trabajadores con contrato a plazo fijo o por obra o servicio, donde el empleador debe enterar el 3 % de la remuneración imponible del trabajador, del cual el 2,8 % debe ser abonado en la cuenta personal y el 0,2 % en el Fondo Solidario.

Adicionalmente, debemos tener presente varias situaciones excepcionales. En principio, de acuerdo al artículo 8 de la Ley, en caso que el trabajador tenga una incapacidad laboral transitoria, la cotización que a este le corresponde deberá ser retenida y enterada en la Sociedad Administradora, por la respectiva entidad pagadora de subsidios. Y en cuanto a la cotización que corresponde al empleador, será el mismo empleador quien deberá declarar y pagar. Además estas se efectuarán sobre la base de la última remuneración imponible efectuada para el Seguro,

(38) Circular N° 89 de la SAEP, la que también establecía la metodología para el cálculo del aporte del Estado al Fondo de Cesantía Solidario, entre el segundo y sexto año de operación del seguro.

correspondiente al mes anterior a aquel en que se haya iniciado la licencia médica o, en su defecto, la estipulada en el respectivo contrato de trabajo.

Por otra parte, si el trabajador tiene dos o más empleadores, de acuerdo al artículo 7 de la Ley, se deberán efectuar cotizaciones por cada una de las remuneraciones y, en cada una, hasta el tope de 90 UF. La Sociedad Administradora deberá llevar saldos y registros separados en la Cuenta Individual por Cesantía en relación a cada uno de los empleadores de dicho trabajador.

b) Normas a las que se sujeta el pago de las cotizaciones

Las cotizaciones, ya sea de cargo del trabajador o empleador, o sean depositadas en la Cuenta Individual de Cesantía o en el Fondo Solidario, son calificadas de cotizaciones previsionales para todos los efectos legales. Ello implica que, en consecuencia, se aplican las siguientes reglas

- a) Se determinan teniendo como base la última remuneración imponible del trabajador, de acuerdo a los topes indicados;
- b) De acuerdo al artículo 9 de la Ley, deberán enterarse durante un período máximo de once años en cada relación laboral.
- c) De acuerdo a lo prescrito en el artículo 10 de la Ley, deberán, ambas, ser pagadas en la Sociedad Administradora por el empleador o por la entidad pagadora de subsidios, según el caso, dentro de los primeros diez días del mes siguiente a aquel en que se devengaron las remuneraciones o subsidios, término que se prorrogará hasta el primer día hábil siguiente si dicho plazo expirare en día sábado, domingo o festivo.
- d) El empleador o la entidad pagadora de subsidios deducirán las cotizaciones de cargo del trabajador, de la remuneración o subsidio por incapacidad laboral transitoria, respectivamente, que corresponda pagar a este.
- e) En el caso que el empleador o entidad pagadora de subsidios no paguen oportunamente, deberán declarar el reconocimiento de la deuda previsional en la Sociedad Administradora, dentro del plazo indicado para el pago de las cotizaciones, ya señalado⁽³⁹⁾.

(39) Véase Lanata Fuenzalida, G., ob. cit., p. 608.

En cuanto al plazo en que deben pagarse las cotizaciones debemos hacer una distinción. Si las cotizaciones son destinadas a la Cuenta Individual de Cesantía, el plazo para enterarse en un período máximo de once años en cada relación laboral. En cambio, si son destinadas al Fondo de Cesantía Solidario, deberá enterarse mientras se mantenga vigente la relación laboral.

c) Normas que establecen sanciones en caso de no efectuar la declaración o no pago de cotizaciones

De acuerdo al artículo 10 inciso sexto, si el empleador o entidad pagadora de subsidios no efectúa oportunamente la declaración, o está incompleta o errónea, será sancionado con multa a beneficio fiscal de una unidad de fomento por cada trabajador o subsidiado cuyas cotizaciones no se declaren o sean incompletas o erróneas. A menos que siendo incompleta o errónea no existieren antecedentes que permitan presumir que es maliciosa, donde quedará exento de esta multa el empleador o entidad pagadora de subsidios que pague las cotizaciones dentro del mes calendario siguiente a aquel en que se devengaron las respectivas remuneraciones o subsidios.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley, dispone que las cotizaciones que no se paguen oportunamente por el empleador o entidad pagadora de subsidios en la Sociedad Administradora se reajustarán considerando el período que va entre el último día del plazo en que debió efectuarse el pago y el día en que efectivamente se realice. Para estos efectos, se aumentarán considerando la variación diaria del índice de Precios al Consumidor mensual del período, comprendido entre el mes que antecede al anterior a aquel en que debió efectuarse el pago y el mes que antecede al mes anterior a aquel que efectivamente se realice.

Por cada día de atraso, la deuda reajustada devengará un interés penal equivalente a la tasa de interés corriente para operaciones reajustables en moneda nacional a que se refiere el artículo 6 de la Ley N° 18.010, pero aumentado en un 20%. Con todo, a contar de los noventa días de atraso, la tasa aumentará en un 50%.

Si en un mes determinado el reajuste e interés penal aumentado en la forma señalada resultare de un monto inferior al interés que para operaciones no reajustables determine la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, o a la rentabilidad nominal⁽⁴⁰⁾ promedio de los últimos doce meses del Fondo de

(40) Se entiende por rentabilidad nominal de los últimos 12 meses mencionado al porcentaje de variación del valor promedio de la cuota de un mes de tal Fondo, respecto al valor promedio mensual de esta en el mismo mes del año anterior. La forma de cálculo será determinada por la Superintendencia de AFP, mediante una norma de carácter general.

Cesantía integrado por las cuentas individuales, calculada por la Superintendencia de Administradora de Fondos de Pensiones, en ambos casos reajustados en un 20%, o en un 50% si han transcurrido los noventa días de atraso, se aplicará la mayor de estas dos últimas tasas, caso en que no se aplicará el reajuste.

En todo caso, para determinar el interés penal, se aplicará la tasa vigente al día primero del mes anterior a aquel en que se devengue. El interés se capitalizará mensualmente.

De otro lado, la Sociedad Administradora estará obligada a seguir las acciones tendientes al cobro de las cotizaciones que se encuentren adeudadas, más sus reajustes e intereses. Serán de su beneficio las costas de tal cobranza, resultándole aplicable las normas de la Ley N° 17.322⁽⁴¹⁾.

Por su parte, el artículo 11 inciso final hace aplicables las sanciones de la Ley N° 19.361, lo que de acuerdo a lo establecido por Lanata: “debe hacerse presente que esa Ley nada tiene que ver con la materia ni establece sanción alguna, por lo que presumiblemente se cometió un error al señalar ese número. La referencia debe entenderse efectuada a las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.631 al artículo 162 del Código del Trabajo, en el sentido de disponer que si el empleador no hubiere efectuado el íntegro de las cotizaciones previsionales al momento del despido, este no produce el efecto de poner término al contrato de trabajo”⁽⁴²⁾. Así lo ha entendido la Jurisprudencia. La Corte Suprema, en la causa rol 56-10, de 31 de marzo de 2010, señala que el artículo 5 inciso segundo de la Ley, asigna un carácter previsional a los aportes de cargo del trabajador y empleador con los que se financia el fondo respectivo, exceptuando solo el correspondiente al Estado. Además como ya se ha señalado y lo reitera la sentencia para estos casos se hace aplicable la Ley N° 19.631, por lo que no habiendo enterado la totalidad de las cotizaciones correspondientes al seguro de cesantía, se debe aplicar la sanción del inciso 7 del artículo 162, además de la nulidad del despido.

La Sociedad Administradora estará obligada a despachar la nómina de empleadores morosos a la Dirección del Trabajo y a los registros de antecedentes comerciales y financieros que tengan por objeto proporcionar antecedentes públicos, siendo aplicables en este último caso las disposiciones de la Ley N° 19.628⁽⁴³⁾. Además, de acuerdo al artículo 17 de la Ley, en el evento de no existir pago de cotizaciones, el trabajador tendrá derecho a exigir al empleador el pago de todas

(41) Que establece normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de Seguridad Social.

(42) Lanata Fuenzalida, G., ob. cit., p. 610.

(43) Sobre protección de la vida privada.

las prestaciones que tal incumplimiento le impidió percibir. Este derecho se entiende irrenunciable para todos los efectos y no se opondrá al ejercicio de las demás acciones que correspondan.

La sentencia que establezca el pago de las prestaciones ordenará, además, a título de sanción, el pago de las cotizaciones que adeude el empleador con los reajustes e intereses que correspondan, para que éstos sean enterados en la sociedad Administradora.

d) Situación al término de la relación laboral a efectos del pago de cotizaciones

De acuerdo con lo establecido en el artículo 5 inciso final de la Ley, el empleador deberá comunicar la cesación de los servicios de sus trabajadores a la Sociedad Administradora dentro del plazo de diez días contados desde dicha cesación, el que aumentará en tres días en los casos en que esta comunicación se efectúe en forma electrónica. La infracción a esta obligación será sancionada con una multa a beneficio fiscal equivalente a 0,5 UF.

Por su parte, el artículo 10 inciso séptimo contempla la obligación de efectuar dentro de plazo la declaración de las cotizaciones, y en caso de no realizarlo tendrá hasta el último día hábil del mes subsiguiente del vencimiento de aquel, para acreditar ante la Sociedad Administradora la extinción de su obligación de enterar las cotizaciones del trabajador, debido al término o suspensión de la relación laboral que mantenían. A su vez, la Sociedad Administradora deberá agotar las gestiones que tengan por objeto aclarar la existencia de cotizaciones impagas, y en su caso, obtener el pago de aquellas de acuerdo a las normas de carácter general que emita la Superintendencia. Transcurrido el plazo de acreditación de cese o suspensión de la relación laboral sin que se haya acreditado dicha circunstancia, se presumirá solo para estos efectos e inicio de las gestiones de cobranza que las respectivas cotizaciones están declaradas y no pagadas.

e) Fiscalización y control de pago de cotizaciones

La Sociedad Administradora estará obligada a despachar la nómina de empleadores morosos a la Dirección del Trabajo, que será la encargada de fiscalizar el cumplimiento por parte de los empleadores del pago de las cotizaciones⁽⁴⁴⁾.

(44) Lanata Fuenzalida, G., ob. cit., pp. 611-612.

f) Prescripción

La prescripción que extingue las acciones para el cobro de estas cotizaciones, reajustes e intereses, será de cinco años y se contará desde el término de los respectivos servicios (artículo 11 inciso décimo de la Ley).

B) Prestaciones que otorga el seguro

El seguro de desempleo se traduce en una prestación pecuniaria al trabajador afiliado cotizante que pierde su trabajo⁽⁴⁵⁾. Una de las grandes innovaciones de este régimen, es la mezcla de dos sistemas propios de la Seguridad Social que hasta la dictación de la Ley se utilizaban pero por separado. Uno de ellos es la Capitalización individual, que se denomina Cuenta Individual por Cesantía (en adelante, CIC); y el otro el Sistema de Reparto con Capitalización, denominado, para estos efectos, el Fondo de Cesantía Solidario.

El seguro opera cuando el trabajador pierde su trabajo, ya sea, de forma voluntaria o involuntaria. Si la terminación es voluntaria, podrá retirar fondos solo de la CIC, en cambio si la conclusión de la relación laboral es involuntaria, es decir, si se ha puesto término al contrato de trabajo invocando las causales de necesidades de la empresa, desahucio y/o caso fortuito o fuerza mayor, tendrá derecho a retirar fondos de su Cuenta Individual (CIC), y en caso de ser insuficiente para cubrir la prestación podrá acceder al Fondo de Cesantía Solidario, siempre que cumpla con los requisitos exigidos por la Ley para ello⁽⁴⁶⁾.

Analicemos, ahora, detalladamente cada una de estas prestaciones.

1. Prestación financiada con cargo a la Cuenta Individual por Cesantía (CIC)

Para acceder a la prestación por cesantía el artículo 12 de la Ley establece los siguientes requisitos:

- a) Que el contrato de trabajo haya terminado por alguna de las causales señaladas en los artículos 159, 160, 161 y 163 bis, o por aplicación del inciso primero del artículo 171, todos del Código del Trabajo.
- b) Que el trabajador con contrato indefinido registre en la CIC un mínimo de 12 cotizaciones mensuales continuas o discontinuas, desde su afiliación al Seguro o desde la fecha en que se devengó el último giro a que hubieren tenido derecho conforme a esta Ley.

(45) Arellano, p., ob. cit., p. 229.

(46) Núñez Ortega, J., ob. cit., pp. 85-86.

c) En el caso del trabajador con contrato a plazo fijo o por obra, trabajo o servicio determinado, deberá registrar en la CIC un mínimo de 6 cotizaciones mensuales continuas o discontinuas, desde su afiliación al Seguro o desde la fecha en que se devengó el último giro a que hubieren tenido derecho conforme a esta Ley, y

d) Encontrarse cesante al momento de la solicitud de la prestación.

En cuanto al mecanismo de pago del seguro, debemos hacer una distinción. Si el contrato termina por las causales del artículo 159 N°s. 1 y 2, artículo 160 o inciso primero del artículo 171 del Código del Trabajo, el beneficiario solo tendrá derecho al retiro de los fondos acumulados en la CIC, sin poder acceder a complementar la prestación con cargo al Fondo Solidario. En cambio, la terminación del contrato de trabajo por las causales del artículo 159 N°s. 4,5 y 6 y del artículo 161 del Código del Trabajo otorga al beneficiario del seguro tendrá derecho a realizar tantos giros mensuales de su Cuenta como su saldo le permita financiar, de acuerdo a los porcentajes expresados en la siguiente columna⁽⁴⁷⁾:

Meses	Porcentaje promedio remuneración últimos 6 o 12 meses de cotizaciones según corresponda
Primero	70%
Segundo	55%
Tercero	45%
Cuarto	40%
Quinto	35%
Sexto	30%
Séptimo o superior	30%

El monto de la prestación por cesantía durante los meses que se indican en la primera columna, corresponderá al porcentaje indicado en la segunda columna, que se refiere al promedio de las remuneraciones devengadas por el trabajador en los últimos 12 meses, en que se registren cotizaciones anteriores al término de la relación laboral para aquellos que se encuentren contratados con duración indefinida.

(47) Tabla modificada en un primer momento por la Ley N° 20.328 y posteriormente por la Ley N° 20.829, publicada en el diario oficial el 25 de abril de 2015.

Tratándose de trabajadores con contrato a plazo fijo o por obra, trabajo o servicio determinado, se considerará el promedio de las remuneraciones devengadas por él en los últimos 6 meses en que se registren cotizaciones anteriores al término de la relación laboral.

El último mes de prestación a que tenga derecho el trabajador podrá ser inferior al porcentaje indicado en la tabla y corresponderá al saldo pendiente de la Cuenta Individual por Cesantía. Aunque si el último giro a que tiene derecho el trabajador es igual o inferior a 20% del monto del giro anterior, ambos giros deben ser pagados conjuntamente.

2. Situaciones especiales para el pago del CIC

Para el otorgamiento de la prestación que regula la Ley o bien, una vez otorgado el Seguro, se puede presentar algunas situaciones particulares en relación con el CIC. Analicemos brevemente estos casos.

En primer lugar, de acuerdo al artículo 16 de la Ley, el beneficio señalado se interrumpirá cada vez que se pierda la condición de cesante antes de agotarse la totalidad de los giros a que tenga derecho⁽⁴⁸⁾.

En segundo término, conforme al inciso segundo del artículo 16, aquellos trabajadores que habiendo terminado una relación laboral mantengan otra vigente, y aquellos trabajadores que habiendo terminado una relación de trabajo, sean contratados en un nuevo empleo antes de agotarse la totalidad de los giros de su CIC a que tengan derecho, tendrán las siguientes opciones:

- a) Retirar el monto correspondiente a la prestación a la que hubiese tenido derecho en ese mes, en caso de haber permanecido cesante.
- b) Mantener dicho saldo en la cuenta

En ambos casos, el trabajador mantendrá para un próximo período de cesantía el saldo no utilizado en su cuenta. El saldo mantenido en la respectiva CIC, incrementado con las posteriores cotizaciones, será la nueva base de cálculo de la prestación.

En tercer lugar, los trabajadores que habiendo terminado una relación laboral inicien otra antes de haber devengado el primer giro, gozan de la opción señalada con anterioridad.

(48) Artículo modificado por la Ley N° 20.328.

Por último, los trabajadores con dos o más empleadores. De acuerdo a lo señalado por Lanata: “los saldos se manejan en forma independiente, por lo tanto, en principio debería tener derecho a obtener las cantidades que corresponda, según las reglas señaladas”. Aunque añade que: “el artículo 16, inciso final, hace aplicable la opción ya explicada”. A pesar de esto continúa señalando que este punto fue motivo de discusión, ya que lo lógico es que fuese procedente obtener el beneficio de forma completa, no advirtiéndose la razón para establecer tratamientos separados a los respectivos saldos⁽⁴⁹⁾.

Separadamente, la Ley regula otros dos casos, que guardan relación con el cese de la vida laboral y con la muerte del trabajador.

En primer lugar, en caso de fallecimiento del trabajador, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 18 de la Ley, los fondos de la CIC se pagarán a la persona o personas que el trabajador haya designado ante la Sociedad Administradora. A falta de expresión de voluntad del trabajador, dicho pago se hará a las personas designadas en el inciso segundo del artículo 60 del Código del Trabajo, es decir al cónyuge, a los hijos, a los padres del fallecido, unos a falta de los otros y en el orden indicado.

Nótese la excepcionalidad de la norma, que hace excepción a todo el sistema sucesorio chileno: sobre una porción de sus bienes, sin considerar la eventual lesión de las legítimas y, por tanto, de los legitimarios (cónyuge o conviviente civil, hijos y ascendientes), puede disponer libremente de tales fondos.

Por último, si el trabajador que se acoge a pensión, de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 de la Ley, independientemente de la causa, podrá disponer en un solo giro de los fondos acumulados en su CIC.

En el caso que los trabajadores se encuentren tramitando su solicitud de pensión podrá traspasar parte o el total del saldo de su CIC a su cuenta de capitalización individual que mantenga en una Administradora de Fondo de Pensiones, con el objeto de aumentar el capital para financiar su pensión. En este caso, para los efectos de aplicar el impuesto establecido en el artículo 43 de la Ley de Impuesto a la Renta, los recursos transferidos deberán ser registrados separadamente por la Administradora de Fondos de Pensiones con objeto de rebajar el monto que resulte de aplicar a la pensión el porcentaje que en el total del fondo destinado a la pensión representen los recursos transferidos⁽⁵⁰⁾.

(49) Lanata Fuenzalida, G., ob. cit., pp. 621-622.

(50) Inciso agregado por la Ley N° 20.328

La Sociedad Administradora deberá informar al Servicio de Impuestos Internos los trasposos de los fondos que se efectúen en conformidad a lo señalado con anterioridad, en la forma y plazo que determine dicho servicio⁽⁵¹⁾.

3. Prestación financiada con cargo al Fondo de Cesantía Solidario

Esta prestación se encuentra regulada en el párrafo 5 del artículo 23 y siguientes de la Ley, donde se advierte con mayor claridad la aplicación del principio de solidaridad de la Seguridad Social⁽⁵²⁾, que como señalamos en un comienzo, es uno de los principios recogidos en la iniciativa de la Ley N° 19.728.

Esta prestación asegura una renta sustitutiva al trabajador afiliado, que pierda su empleo por una causal que no le sea imputable⁽⁵³⁾.

a) Requisitos

Los requisitos para configurar el fondo, son los siguientes:

- Registrar 12 cotizaciones mensuales en el Fondo de Cesantía Solidario desde su afiliación al seguro o desde que se devengó el último giro a que hubieren tenido derecho conforme a esta Ley, en los últimos 24 meses anteriores contados al mes del término del contrato. Sin embargo, las tres últimas cotizaciones realizadas deben ser continuas y con el mismo empleador.
- Que el contrato de trabajo termine por alguna de las causales previstas en los números 4,5 y 6 del artículo 159 o de los artículos 161 y 163 bis, todos del Código del Trabajo.
- Encontrarse cesante al momento de la solicitud.
- Que los recursos de su cuenta individual por cesantía sean insuficientes para obtener una prestación por cesantía por los períodos, porcentajes y montos señalados en la Ley.

(51) Inciso agregado por la Ley N° 20.328.

(52) Lanata Fuenzalida, G., ob. cit., p. 623.

(53) Arellano, p., ob. cit., p. 233.

El monto se calculará de acuerdo a lo señalado en la siguiente tabla⁽⁵⁴⁾:

Meses	Porcentaje promedio remuneración últimos 12 meses	Valor superior	Valor inferior
Primero	70%	\$525.000	\$157.500
Segundo	55%	\$412.500	\$123.750
Tercero	45%	\$337.500	\$101.250
Cuarto	40%	\$300.000	\$90.000
Quinto	35%	\$262.500	\$78.750

El monto de la prestación por cesantía durante los meses que se indican en la primera columna, corresponderá al porcentaje del promedio de las remuneraciones devengadas por el trabajador en los doce meses anteriores al del término de la relación laboral, que se indica en la segunda columna. El beneficio estará afecto a los valores superiores e inferiores para cada mes, a que aluden las columnas tercera y cuarta, respectivamente.

b) Situación de la terminación del contrato por cumplimiento del plazo o conclusión de la obra o servicio que dio origen al contrato

En el caso de los trabajadores contratados a plazo fijo, o por una obra, trabajo o servicio determinado, la prestación por cesantía a que se refiere este artículo se extenderá hasta el tercer mes, con los porcentajes y valores superiores e inferiores señalados en la siguiente tabla⁽⁵⁵⁾:

Meses	Porcentaje promedio remuneración últimos 12 meses	Valor superior	Valor inferior
Primero	50%	\$375.000	\$112.500
Segundo	40%	\$300.000	\$90.000
Tercero	35%	\$262.000	\$78.750

c) El sexto y séptimo giro

Aquellos beneficiarios que estén percibiendo el quinto giro con cargo al Fondo de Cesantía Solidario tendrán derecho a un sexto y séptimo giro de prestación,

(54) Tabla modificada por la Ley N° 20.829.

(55) Inciso y tabla modificado e incorporada por la Ley N° 20.829, del 25.04.2015.

cada vez que la tasa nacional de desempleo publicada en el Instituto Nacional de Estadísticas exceda en 1 punto porcentual el promedio de dicha tasa, correspondiente a los cuatro años anteriores publicados por ese Instituto, que se pagará de acuerdo a la siguiente tabla⁽⁵⁶⁾:

Meses	Porcentaje promedio remuneración últimos 12 meses	Valor superior	Valor inferior
Sexto	30%	\$225.000	\$67.500
Séptimo	30%	\$225.000	\$67.500

En el caso de los trabajadores contratados a plazo fijo o para una obra, trabajo o servicio determinado, cuando se presenten las condiciones de desempleo señaladas y se encuentren percibiendo el tercer giro, tendrán derecho a un cuarto y quinto giro, con un beneficio igual al correspondiente al sexto y séptimo mes que señala la tabla⁽⁵⁷⁾.

Los valores superiores e inferiores de las tablas mencionadas se reajustarán el 1 de marzo de cada año, en el 100% de la variación que haya experimentado en el año calendario anterior el Índice de Precios al Consumidor, determinado por el INE o por el organismo que lo reemplace. Además, dichos valores se reajustarán en la misma oportunidad indicada, en el 100 % de la variación que haya experimentado en el año calendario anterior, el Índice de remuneraciones reales determinadas por el Instituto. Dichos valores serán reajustados por el índice de remuneraciones siempre que su variación sea positiva⁽⁵⁸⁾.

d) Trabajadores contratados en jornadas parciales

De acuerdo a lo señalado en el artículo 25 inciso sexto de la Ley, los trabajadores que durante los últimos doce meses hubiesen percibido una o más remuneraciones correspondientes a jornadas parciales, deberá efectuarse un ajuste de los valores superiores e inferiores de la tabla en forma proporcional a la jornada promedio mensual de los últimos doce meses.

e) Artículo 25 ter introducido por la Ley N° 20.829

La Ley N° 20.829, publicada en el diario oficial el 25 de abril de 2015, agregó el artículo 25 ter, que establece que el Fondo de Cesantía Solidario aportará

(56) Tabla reemplazada por la Ley N° 20.829.

(57) Inciso modificado por la Ley N° 20.829, del 25.04.2015.

(58) Inciso modificado por la Ley N° 20.829, del 25.04.2015.

a la cuenta de capitalización individual obligatoria para pensiones de los beneficiarios que hayan optado por dicho Fondo, el monto equivalente al 10% de la prestación por cesantía que les corresponda recibir de acuerdo al artículo 25. Este aporte deberá ser enterado por la Sociedad Administradora del Fondo y no estará afecto al cobro de comisiones por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones correspondiente.

f) Características generales de la prestación pagada con cargo al Fondo de Cesantía Solidario

Este Fondo presenta las siguientes características, que analizaremos separadamente.

i) El Fondo tiene un valor determinado y de tope de pago

El valor total de los beneficios a pagar con cargo a este Fondo en un mes determinado y no podrá exceder el 20 % del valor acumulado en el Fondo al último día del mes anterior. Si el valor total de los beneficios a pagar excediere este porcentaje, el beneficio a pagar a cada afiliado se disminuirá proporcionalmente conforme al valor total de beneficios que pueda financiar el Fondo.

ii) El beneficiario debe estar de buena fe

En segundo término, las personas que obtuvieren mediante simulación o engaño prestaciones con cargo al Fondo y quienes de igual manera obtuvieren un beneficio mayor al que les corresponda, serán sancionados con reclusión menor en sus grados mínimo a medio. Igual sanción será aplicable a quienes faciliten los medios para la comisión de tales delitos. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de restituir al Fondo las sumas indebidamente percibidas.

SITUACIONES ESPECIALES ES TORNO AL SEGURO

E) La indemnización por años de servicios y el seguro

El mensaje presidencial de la Ley N° 19.728 señala la intención de mantener subsistente la responsabilidad directa del empleador, en caso de despido por necesidades de la empresa, por falta de adecuación técnica o laboral del trabajador o por desahucio del empleador. Lo anterior se refleja en la Ley, en su artículo 4, al prescribir que los derechos establecidos en esta Ley son independientes y

compatibles con los establecidos para los trabajadores en el Título V del Libro I del Código del Trabajo. Aunque podemos observarlo con mayor claridad en el artículo 13 donde prescribe que si el contrato termina por las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo, el afiliado tendrá derecho a la indemnización por años de servicios.

En cuanto a cómo se efectúa el cálculo para determinar el monto a pagar, el inciso segundo del artículo 13 señala que se imputará a esta prestación la parte del saldo de la Cuenta Individual por Cesantía constituida por las cotizaciones efectuadas por el empleador, es decir el 1,6%, más su rentabilidad, deducidos los costos de administración que correspondan, con cargo a los cuales el asegurado pueda hacer retiros.

Por su parte, el artículo 2 inciso cuarto señala que la incorporación de un trabajador al seguro no autorizará al empleador a pactar, ya sea por la vía individual o colectiva, una reducción del monto de las indemnizaciones por años de servicio contemplada en el artículo 163 del Código del Trabajo.

F) El Seguro y la acción por despido injustificado. El derecho a imputación

El artículo 52 de la Ley, establece que cuando el trabajador accionare por despido injustificado, indebido o improcedente, en conformidad al artículo 168 del Código del Trabajo, o por despido indirecto, conforme al artículo 171 del mismo Código, podrá disponer del saldo acumulado en su Cuenta Individual por Cesantía a partir del mes siguiente al de la terminación de los servicios, en tanto mantenga su condición de cesante.

Si el tribunal acogiere la pretensión del trabajador, deberá ordenar que el empleador pague las prestaciones que correspondan a título de indemnización por años de servicio, conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Ley.

A petición del tribunal, la Sociedad Administradora deberá informar, dentro del plazo de cinco días contado desde la fecha de recepción del oficio del Tribunal, el monto equivalente a lo cotizado por el empleador en la Cuenta Individual por Cesantía, más su rentabilidad.

Los recargos que correspondan, conforme al artículo 168 del Código del Trabajo, habrán de calcularse sobre la prestación de cargo directo del empleador y las sumas retiradas de la cuenta Individual por Cesantía correspondientes a las cotizaciones del empleador, más su rentabilidad. Además el tribunal ordenará que el empleador pague al trabajador las sumas que este habría obtenido del Fondo de Cesantía Solidario.

Para estos efectos se presumirá que el trabajador mantuvo la condición de cesante durante los cinco meses siguientes al término del contrato.

De acuerdo a lo señalado por Lanata: “el punto ha ameritado una importante discusión en torno a la posibilidad de efectuar la imputación de lo aportado por el empleador a la CIC y su rentabilidad en aquellos casos en que es el juez el que dispone el pago de la indemnización por años de servicios, por haber mediado un reclamo del trabajador en los términos indicados en el artículo 168 del Código del Trabajo. Las posiciones varían según de estime la procedencia o improcedencia de tal imputación”⁽⁵⁹⁾ (60).

Lo anterior es muy relevante en cuanto a las consecuencias que esto trae aparejado, ya que como señala la autora: “entender que no procede la imputación en los casos en que hubiere mediado reclamo por parte del trabajador, implica que el afiliado obtendrá su seguro y, además, su indemnización íntegra. Por el contrario, si se estima procedente en todo caso la imputación, el trabajador obtendrá parte de la indemnización con cargo al Seguro de Desempleo y la otra parte con cargo a la indemnización por años de servicios, completando el monto que exige el artículo 163 del Código del Trabajo”⁽⁶¹⁾.

Entonces, como podemos observar, el problema radica en que si el contrato de trabajo termina por la causal del artículo 161 se imputará a la indemnización por años de servicio, solo lo aportado por el empleador a la CIC, pero surge la duda respecto al artículo 52, es decir, si el trabajador acciona por despido indebido, injustificado o improcedente y por ello se entiende que el término del contrato se ha producido por las causales del artículo 161. En ese caso ¿se imputa a la indemnización por años de servicio el aporte del empleador a la CIC? Aun cuando es el mismo legislador que en el artículo 52 hace alusión al artículo 13, la duda que surge es si esa alusión es solo al inciso primero o también al inciso segundo de esa normativa.

(59) Lanata Fuenzalida, G., ob. cit., p. 630.

(60) Para estos efectos es importante tener en consideración lo señalado por el artículo 13 de la Ley N° 19.728 al disponer que: “Si el contrato terminare por las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo, el afiliado tendrá derecho a la indemnización por años de servicios prevista en el inciso segundo del artículo 163 del mismo cuerpo legal, calculada sobre la última remuneración mensual definida en el artículo 172 del mismo, con un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración, a menos que se haya pactado, individual o colectivamente, una superior, caso en el cual se aplicará esta última. Se imputará a esta prestación la parte del saldo de la Cuenta Individual por Cesantía constituida por las cotizaciones efectuadas por el empleador más su rentabilidad, deducidos los costos de administración que correspondan, con cargo a las cuales el asegurado pueda hacer retiros en la forma que señala el artículo 15.

En ningún caso se podrá tomar en cuenta el monto constituido por los aportes del trabajador, para los efectos de la imputación a que se refiere el inciso anterior”.

(61) Lanata Fuenzalida, G., ob. cit., p. 630.

Los tribunales al respecto han sido vacilantes emitiendo pronunciamientos en ambos sentidos. En el sentido de señalar que se imputa a la indemnización por años de servicios lo aportado por el empleador a la CIC, podemos mencionar la sentencia de la Corte Suprema rol 4758-13, de 24 de septiembre de 2013, donde se argumenta que el artículo 13, de la Ley N° 19.728, en su inciso segundo prevé una específica forma de imputación al pago de la indemnización por años de servicios, y no solo es específica, sino también imperativa y ante los términos literales de la norma nada justifica su elusión.

En el sentido contrario, es decir, que no corresponde imputar el aporte del empleador, a la CIC, a la indemnización por años de servicios, lo cual comparto, podemos mencionar la sentencia de la Corte Suprema rol 2018-2011, de 16 de diciembre de 2011, y las sentencias de la corte de Apelaciones de Chillán Rol 36-15, de 3 de julio de 2015, y de Temuco ROL 49-13, de 28 de marzo de 2013. Los argumentos para sostener esta tesis han sido los siguientes:

No es posible señalar que procede la imputación cuando la causal no ha sido acreditada, ya que aun cuando el artículo 168 del Código del Trabajo señala que “si el juez estableciere que la aplicación de una o más de las causales de terminación del contrato establecidas en los artículos 159 y 160 no ha sido acreditada se entenderá que el término del contrato se ha producido por alguna de las causales señaladas en el artículo 161 (...)”. Lo anterior, sin embargo, corresponde a una ficción legal y no de la voluntad del empleador de poner término al contrato de trabajo por necesidades de la empresa o desahucio, por lo que no puede beneficiarse con la imputación de cotizaciones de cesantía.

Otro factor determinante es señalar que lo relevante es la causa que efectivamente ha tenido lugar para poner término al contrato, lo anterior por las siguientes razones. En primer término, la imposibilidad de atribuir consecuencias jurídicas a hechos inexistentes, puesto que por una parte no parece posible admitir que la Ley desee atribuir consecuencias jurídicas a partir de un hecho inexistente o que no ha sido judicialmente probado. Esto, porque si no se acredita la causal necesidades de la empresa, en la realidad el contrato de trabajo ha concluido por simple voluntad del empleador; en segundo término, la imposibilidad de conceder beneficios a quien abusa de Derecho, como se ha analizado la imputación del artículo 13 de la Ley, implica un beneficio para el empleador⁽⁶²⁾ desde el momento que le permite disminuir el monto que pagará por concepto de indemnización por años de servicios. Por lo que no es de lógica que la Ley quiera beneficiar

(62) Esto fue reconocido en la iniciativa presidencial al señalar que busca facilitar que trabajadores y empleadores puedan enfrentar estas nuevas condiciones entregándoles mayor protección.

al empleador que abusa del Derecho, poniendo fin a un contrato fuera de los casos admitidos por el Código del Trabajo.

Un tercer argumento, es la imposibilidad de admitir un quiebre del principio constitucional de igualdad, puesto que no podría proceder la imputación cuando el empleador ha invocado necesidades de la empresa aun cuando esta no exista, pero no procediera si invoca otra causal indebidamente, esto atentaría al principio de igualdad recogido en el artículo 19 número 2 de la Constitución Política de la República.

Otra razón que se ha señalado, dando respuesta al argumento que si no procede la imputación habría un enriquecimiento sin causa, es recordar que se entiende por el principio de enriquecimiento sin causa. Al respecto, Peñailillo ha indicado que: “consiste en que el Derecho repudia el enriquecimiento a expensas de otro sin una causa que lo justifique”. En consecuencia, pagar la indemnización por años de servicios sin imputar los montos depositados por el empleador constituiría dicho enriquecimiento solo en el caso que el trabajador reciba el dinero sin una causa que lo justifique.

En cuanto a las causas que lo justifican, Peñailillo ha afirmado que esto se cumple siempre que sea: “una causa jurídicamente justificante, que en Derecho sea aceptable”, es decir, si deriva de un acto jurídico válido o de una regla legal o de una norma de costumbre. Pues bien, esto es cumplido a cabalidad, toda vez que la indemnización por años de servicios sin dicha imputación tiene como fundamento el artículo 163 incisos primero o segundo del Código del Trabajo, que establece la obligación de pagar la indemnización por años de servicios.

G) El socio administrador o socio de una empresa

Han sido innumerables las consultas dirigidas a la Dirección del Trabajo, a efectos de que se pronuncie si el socio que detenta la facultad de administrador, gerente general o socio mayoritario de la empresa es trabajador y por lo tanto si existe la obligación de cotización al seguro de desempleo. Al respecto la Dirección del Trabajo ha señalado de manera reiterada que “el hecho de que una persona detente la calidad de socio mayoritario de una sociedad y cuente con facultades de administración y representación de la misma, le impide prestar servicios en condiciones de subordinación o dependencia, toda vez que tales circunstancias importan que su voluntad se confunda con la de la respectiva sociedad”. Sin embargo también ha sostenido que dichos requisitos son copulativos y que por lo tanto “la sola circunstancia de que una persona cuente con facultades de administración y de representación de una sociedad, careciendo de la calidad de socio mayoritario, o viceversa, no constituye un impedimento para prestar servicios bajo

subordinación o dependencia”⁽⁶³⁾. Lo anterior, se debe a que si concurren ambos requisitos y la celebración de un contrato de trabajo no son compatibles, debido a que se produciría una confusión de voluntades, que obstaría a la existencia del vínculo de subordinación y dependencia.

H) Trabajador extranjero en Chile

En relación al extranjero que se encuentre trabajando en Chile y la obligación de cotizar el seguro de desempleo, se ha solicitado a la Dirección del Trabajo que se pronuncie sobre dos situaciones.

Si no obstante encontrarse exentos de efectuar cotizaciones previsionales por concepto de enfermedad, vejez, invalidez y muerte en conformidad con el inciso final del artículo 1 de la Ley N° 18.156, se encontrarían obligados a cotizar por concepto de seguro de cesantía en el evento que no exista en sus países de origen. Al respecto la Dirección se ha remitido a un pronunciamiento de la Superintendencia de pensiones, la que a través del Oficio Ordinario N° 30477 señaló que si bien los trabajadores extranjeros pueden eximirse de las cotizaciones por enfermedad, vejez, invalidez o muerte, siempre que acrediten la mantención de dicho trabajador en su país de origen a un sistema de previsión. Lo que no se extiende a los accidentes de trabajo o enfermedad profesional. Lo anterior se debe a que para dicha contingencia debe haber una relación causal u ocasional entre la lesión y el trabajo, cuestión que no podría configurarse en su país de origen si el trabajo lo desempeña en Chile. Por lo que la Superintendencia en uso de sus facultades interpretativas estableció que el seguro de cesantía tampoco se encontraría contemplado dentro de la exención, por cuanto, al igual que los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, sería con causa del contrato de trabajo.

Competencia de la Dirección del Trabajo respecto del empleador que no efectuó las cotizaciones previsionales de aquellos trabajadores que no cuenten con visa que les permita trabajar. La Dirección ha señalado que el hecho de que los trabajadores extranjeros que no posean nacionalidad chilena no exime a sus empleadores del cumplimiento de las normas previsionales, las cuales rigen por igual a todos los habitantes de la República, sean chilenos o extranjeros, por lo que compete a la Dirección del Trabajo fiscalizar y sancionar al empleador que no efectuó dichas cotizaciones.

(63) En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la Dirección del Trabajo en los Dictámenes N°s. 132/03 de 1996, 3308 de 2013, 3575 de 2014, 5031/227 de 1996, 0169 de 2015, 1546 de 2014, 3312 de 2014, 2864 de 2014, 0715 de 2015.

**II ENCUENTRO
CHILENO-PERUANO-URUGUAYO
DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Homenaje al Prof. Mario Pasco Cosmópolis

29 y 30 de julio de 2016

Montevideo

TEMA II:

**MEDIOS DE SOLUCIÓN
DE CONFLICTOS COLECTIVOS**

MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS

Mario Garmendia Arigón

I. ALGUNOS CONCEPTOS CLAVES

En el título que delimita el objeto de esta presentación se aprecia un contenido directo o explícito, pero, al mismo tiempo, se sugiere otro implícito, de similar o, incluso, mayor relevancia.

A simple vista, el título nos pone frente al tema de los medios de solución de una determinada especie de conflictos que se suscitan en la vida social (los conflictos de trabajo) y, a su vez, dentro de éstos, de una específica categoría o subespecie, a saber, la de los conflictos colectivos.

Pero al lado o detrás de estos términos manifiestos, se sugieren otros tácitos o latentes; evocando el efecto que en la teoría literaria se ha denominado de la transtextualidad, donde un hipertexto llega al lector de manera directa o frontal, que se deriva de un hipotexto, que está presente solo de manera implícita. En ese hipotexto se encuentran ciertos conceptos que deben ser, necesariamente, develados y, en la medida de lo posible, definidos.

Entonces, comenzando con la primera de esas tareas, es decir, la del develado de las nociones latentes o implícitas, se debería decir que entre ellas están presentes, por ejemplo, las nociones de conflicto, de conflicto de trabajo o laboral y las diversas categorías que a su respecto se han construido, de las que, como mínimo, tienen que ser mencionadas las de conflicto de derecho (o jurídico) y conflicto de interés (o económico). Y, en cuanto aparece en forma explícita la expresión conflicto colectivo, también se reconoce tras bambalinas, la idea de conflicto individual.

La segunda tarea consiste en el intento de definir estos términos. Es esta una faena de la mayor importancia, sobre todo si procuramos respetar el precepto que enunciara Carlos Vaz Ferreira (figura fundamental del pensamiento, la cultura y la filosofía uruguaya de la primera mitad del siglo veinte), cuando decía que “Del mismo modo que los cirujanos no emprenden una operación sin desinfectar previamente todos los útiles que se proponen usar, nadie debería empezar un raciocinio sin haber dejado de antemano todas las palabras que va a emplear completamente asépticas de equívocos”⁽¹⁾.

Pero, como se verá, muchas de las palabras claves que habremos de emplear, son equívocas por naturaleza, lo que provoca grandes dificultades a la hora de intentar una aproximación a su sentido.

Conviene, entonces, comenzar por la palabra conflicto, que puede entenderse como “la contraposición entre distintos intereses de los individuos y de los grupos sociales”⁽²⁾. Como se sabe, existen muy diversas visiones y teorías acerca de la ubicación y función social de esta noción y no es posible exponerlas aquí en todo su detalle y complejidad. En todo caso, hay que decir que resulta un dato histórico incontestable que esa contraposición de intereses “está siempre presente en la realidad social y abarca distintos aspectos, como el económico, el político o el social y, como periférico a ellos, el ideológico en sus diversas vertientes”⁽³⁾.

A este respecto se ha dicho que la vida en sociedad es en sí misma una fuente de conflictos, en tanto la satisfacción del interés de un individuo, de una pluralidad de individuos o de una colectividad, “supone normalmente la limitación, o la exclusión, de la satisfacción del mismo por otro sujeto o por otro grupo”⁽⁴⁾.

En cualquier caso, la convivencia social también genera diversos mecanismos de composición, de tal suerte que la mayor parte de los conflictos de intereses suelen tener una resolución más o menos espontánea. El Derecho es, precisamente, uno de los instrumentos que apunta a dar un orden al comportamiento de los sujetos y a canalizar el conflicto emergente de la oposición de los intereses particulares. Se ha dicho que el Derecho es un “compendio de procedimientos para la composición de conflictos, bien por medio de “normas” (heteronomía)

(1) Fermentario, vol. 10 de las Obras de Carlos Vaz Ferreira: Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, 1963, p. 174.

(2) Vida Soria, José; Monereo Pérez, José Luis; Molina Navarrete, Cristóbal; Moreno Vida, María Nieves, Manual de Derecho Sindical, 4ª ed., Ed. Comares, Granada, 2009, p. 274. V. también: Plá Rodríguez, Américo, “La noción de conflicto individual de trabajo”, Revista Derecho del Trabajo, núm. 11, ene-mar 2016, p. 248.

(3) Ibidem.

(4) Ibidem.

(...) bien por medio del reconocimiento de la autonomía de las partes que protagonizan esos conflictos”⁽⁵⁾.

En términos históricos el trabajo fue siempre una fuente de conflictividad, pero, como destaca Palomeque⁽⁶⁾, esta característica resultó exacerbada por efecto de la industrialización y la eclosión de la cuestión social. Esto nos conduce hacia otra de las nociones que deben explicitarse: la del conflicto de trabajo. Con su consabida claridad el Maestro Plá, lo definió como “toda contienda derivada de una relación laboral”⁽⁷⁾ y, si se quisiera darle todavía más amplitud a la noción, podría decirse que es toda contienda que involucra a la materia laboral que, a su vez, puede ser entendida, en su sentido técnico tradicional, como aquella que compromete cuestiones relativas al trabajo dependiente.

Ante el novedoso fenómeno del conflicto industrial, el Derecho reaccionó inicialmente con indiferencia, en el plano de la (así denominada) contratación individual⁽⁸⁾; y con sentido prohibitivo y represivo en el ámbito que hoy denominaríamos, de las relaciones colectivas⁽⁹⁾. Como resultado de un proceso lento y penoso, ese primer impulso fue luego remitiendo ante el avance de una novedosa normativa (las leyes de fábricas, embrión del futuro Derecho del trabajo) que emergió con el propósito de corregir las injusticias provocadas por el libre juego de las fuerzas del mercado.

Ese nuevo Derecho es hijo del conflicto industrial, a cuya ordenación y encauzamiento pacífico debe buena parte de su origen. Tanto, que muchos ven en su nacimiento un fuerte ingrediente pactado o de transaccionalidad, entre quienes exigían el mejoramiento de su precaria situación y quienes temían que la exacerbación de la tensión social terminara provocando la implosión del sistema capitalista⁽¹⁰⁾. Comoquiera que fuere, lo cierto es que, aquella nueva normativa no vino

(5) Ídem, p. 275.

(6) Palomeque López, Manuel Carlos, *Derecho sindical español*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1991, p. 228.

(7) Plá Rodríguez, Américo, “La solución de los conflictos de trabajo (Estudio Preliminar)”, in VV.AA., *La solución de los conflictos laborales (Perspectiva iberoamericana)*, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, México, 1985, p. 16.

(8) Monereo Pérez, José Luis, *Estudio Preliminar sobre Reformismo Social y Socialismo Jurídico a la obra de Anton Menger, El Derecho Civil y los Pobres*, Ed. Comares, Granada, 1998, p. 32.

(9) V. Simitis, S., “La legge Le Chapelier tra storia e attualità”, in rev. *Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, N° 48, 1990; Olszak, Norbert, *Histoire du Droit du Travail*, ed. Economica, Paris, 2011, p. 23-24.

(10) Algunos autores han asociado el origen del nuevo Derecho a la búsqueda por salvaguardar la supervivencia del sistema capitalista, amenazado por la fuerza emergente del movimiento obrero, y han señalado la “ambivalencia” de sus normas que, al tiempo que protegen al trabajador, sirven para consolidar y legitimar facultades patronales. Javillier, Jean Claude, *Manuel du Droit du Travail*, 2ª edition, París, 1988, p. 29; Palomeque López, Manuel Carlos, *Derecho del Trabajo e Ideología, Derecho del Trabajo e Ideología*, 7ª ed., revisada, Tecnos, 2011, p. 16; Monereo Pérez, José Luis, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, p. 20 y ss.;

a aportar una solución pacificadora cualquiera para el conflicto laboral, sino que esta debía, necesariamente, estar orientada por un sentido tuitivo, tendiente a dotar de un cierto equilibrio a una relación entre partes sustancialmente desiguales.

La nueva disciplina jurídica rápidamente advirtió que sus normas, a lo sumo, podrían mitigar, pero no impedir ni suprimir al conflicto laboral, que es parte de la esencia de la relación de trabajo subordinado⁽¹¹⁾.

Los múltiples aspectos sobre los que se proyecta el conflicto laboral, han determinado a la doctrina a proponer diversas categorías⁽¹²⁾. A nuestros efectos alcanza con recordar dos de las clasificaciones más elementales: la que distingue los conflictos individuales de los colectivos, y la que separa los conflictos de derecho de los conflictos de interés.

La distinción entre los conflictos individuales y los conflictos colectivos, no es de carácter simplemente cuantitativo o numérico, sino que suele realizarse a partir del interés comprometido en cada caso. Se dice que mientras en los primeros está en juego el interés concreto de los individuos, en los segundos lo está el interés abstracto de la categoría⁽¹³⁾. Por consiguiente, habrá conflicto colectivo cuando al elemento cuantitativo (número de personas involucradas) se le agrega un elemento cualitativo, que revele la presencia de un interés aglutinante generado por el grupo considerado como tal, y ontológicamente diferenciable de la mera sumatoria de intereses individuales. Por su parte, habrá un conflicto individual, cuando el interés en danza no ha asumido esa condición abstracta e independiente del singular interés de los sujetos particulares. De todas maneras, siempre es oportuno tener en cuenta que la separación entre ambas categorías es extremadamente difusa y permeable⁽¹⁴⁾.

Hannoun, Charley, "Gouvernance des entreprises et direction des salariés", in VV.AA., 13 Paradoxes en Droit du Travail, Éditions Lamy, Paris, 2012, p. 147 y ss.; Jeammaud, Antoine, "Libertés et pouvoir. Un double paradoxe et un paradoxe apparent", in VV.AA., 13 Paradoxes en Droit du Travail, Éditions Lamy, Paris, 2012, p. 211 y ss. V. también: Barbagelata, H-H, El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos laborales, FCU, Mdeo., 2009, cit., p. 21-22, nota al pie núm. 26.

- (11) Barbagelata, H-H, El Particularismo..., cit., p. 21 y ss.; Plá Rodríguez, A., "La solución de los conflictos de ...", cit., p. 25.
- (12) V. entre otros: Bronstein, Arturo, "Conflictos laborales individuales: soluciones procesales y convencionales", in rev. Debate Laboral, año III, N° 5, 1990, p. 146, p. 146 y ss.; Changala, Ricardo y Fernández, Hugo, Medios de Solución de los Conflictos Colectivos de Trabajo, FCU, Servicio de Documentación Jurídica, ficha núm. 109; Ermida Uriarte, Óscar, "Algunas reflexiones sobre los conflictos laborales, el arbitraje y la justicia del trabajo", en Anales del Foro, N° 43-44, Mdeo., 1983, p. 18 y ss.; Hernández Rueda, Lupo, "Soluciones procesales y convencionales a los conflictos laborales individuales", in rev. Debate Laboral, año III, N° 5, 1990, p. 184 y ss.; Plá Rodríguez, A., op. cit., p. 17 y ss..
- (13) Plá Rodríguez, A., op. cit., p. 17-18.
- (14) Barbagelata, H-H, El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales, cit., p. 23 y ss.

Sin embargo, no todos los autores coinciden en que la distinción entre conflictos individuales y colectivos pueda basarse en criterios de índole objetiva (como la determinación del interés en juego). Algunos han sostenido que la condición individual o colectiva del conflicto no es una cuestión de esencias, sino que depende (como entre nosotros sostuviera Barbagelata) de la “percepción que el organismo representativo de los intereses colectivos de los trabajadores tenga de su calidad en cada circunstancia precisa, y de la actividad que cumpla o se abstenga de cumplir para actualizarla”⁽¹⁵⁾. Según esta perspectiva, entonces, la definición del carácter individual o colectivo del conflicto estará dada, simplemente, por la forma en que el asunto sea encarado por la organización representativa de los trabajadores.

En cuanto a la distinción entre conflictos de derecho y conflictos de interés, esta se basa en que los primeros guardan relación con la aplicación o interpretación de una norma jurídica preexistente o de un derecho adquirido; en tanto que los conflictos de interés, apuntan a crear una nueva norma o condición⁽¹⁶⁾. Por esa razón, puede indicarse que el conflicto de derecho fija su atención en el pasado (es decir, en la búsqueda de consolidar la norma teórica mediante su aplicación a la realidad práctica), mientras que el conflicto de interés pone la vista en el futuro, porque se pretende crear una situación nueva, distinta de la actual.

La doctrina es, en general, conteste en cuanto a que las categorías antes referidas pueden presentarse combinadas entre sí, de tal forma que, tanto los conflictos individuales como los conflictos colectivos, pueden ser, respectivamente, de derecho o de interés⁽¹⁷⁾. Pero en este punto hay que dejar a salvo, una vez más, la opinión de Barbagelata, para quien el conflicto colectivo “no es nunca un conflicto jurídico”, aun cuando las partes “desarrollen interpretaciones jurídicas para vestir su causa”⁽¹⁸⁾.

(15) Barbagelata, loc. cit.

(16) BIT, Tribunales de Trabajo en América Latina, Informe a la 4ª Conferencia de los Estados de América miembros de la OIT (Montevideo, abril de 1949), sobre el 4º punto del orden del día: Solución de los conflictos de trabajo, Ginebra, 1949, p. 3; Bronstein, A., “Conflictos laborales individuales: soluciones procesales y convencionales”, cit., p. 146 y ss.

(17) Plá Rodríguez, A., op. cit., p. 20. Sin embargo, Bronstein afirma que “la mayoría de la doctrina opina que los individuales son siempre de derecho, aunque algunos autores sostienen que puede haber conflictos individuales de intereses”, op. cit., p. 146.

(18) Barbagelata, H-H, “Conflictos individuales y conflictos colectivos”, in rev. Derecho Laboral, t. LIV, núm. 241, ene-mar 2014, p. 34.

II. PANORAMA DE LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO

Pero el título nos exige que pongamos el foco en los medios de solución de los conflictos colectivos de trabajo.

Comenzamos, entonces, con la presentación general de dichos medios de solución. Éstos habitualmente se clasifican en dos grandes categorías, por una parte, la de los denominados medios directos o de autocomposición, donde los caminos hacia las soluciones son construidos exclusivamente por los involucrados en el conflicto y, por otra parte, los medios indirectos o de heterocomposición, donde un tercero participa en la búsqueda de dicha solución. La intervención de esta figura del tercero es de intensidad variable según los casos: pudiendo ir desde las más tenues (por ejemplo, realizar una investigación o informe sobre la situación), subiendo un grado, cuando queda habilitado a, por ejemplo, coordinar planteamientos sin opinar (lo que algunos llaman conciliación) u opinando (que algunos llaman mediación), o situarse en los niveles más intensos, cuando directamente decide de qué forma se liquidará la controversia (arbitraje y decisión judicial)(19).

En este punto, antes de continuar avanzando, se hace importante recordar que una de las principales particularidades del Derecho colectivo del trabajo uruguayo, consiste en la ostensible escasez de normas de origen estatal dirigidas a regular su dinámica o sus instituciones. Unas pocas disposiciones constitucionales y legales, articuladas con algunos estratégicos convenios internacionales de trabajo ratificados por el país, dan sustento a un sistema de relaciones colectivas que, sin renegar de los habituales y enriquecedores matices, califica para la doctrina especializada como razonablemente satisfactorio.

No escapa a esta regla la temática de la dilucidación de los conflictos colectivos del trabajo, donde no existen normas estatales que impongan la exigencia de ceñirse a un determinado mecanismo, procedimiento o trámite de carácter preceptivo. De este modo, es posible afirmar que en esta materia existe un muy amplio espacio de no regulación que, como se verá más adelante, algunos (probablemente la mayoría) han considerado una virtud, y otros aprecian como un defecto a corregir.

(19) BIT, Conciliación y Arbitraje en los conflictos de trabajo; Estudio comparativo, Ginebra, 1981, p. 19; Murgas Torraza, Rolando, "Conciliación, mediación y arbitraje en conflictos individuales y colectivos", en rev. Debate Laboral, año I, N° 1, 1988, p. 141; Plá Rodríguez, A., "La solución...", cit., p. 36; Rus-somano, Mozart Victor, Los conflictos colectivos de trabajo y su solución, Bib. Laboral, Ed. Heliasta, Bs. As., p. 117; Ermida Uriarte, Óscar, "Algunas reflexiones sobre los conflictos laborales, el arbitraje y la justicia del trabajo", en Anales del Foro, N° 43-44, Mdeo., 1983, p. 20, Changala, R. y Fernández, H., op. cit., p. 11; Sarthou, Helios, "Los conflictos colectivos de trabajo y el arbitraje", en rev. Derecho Laboral, t. XXIII, N° 119, p. 119.

A partir de este ancho, anchísimo, marco conceptual, una pregunta sirve para abrirnos paso a las siguientes cuestiones que nos proponemos analizar: de los distintos instrumentos teóricamente a disposición (auto o heterocomposición), ¿cuáles se consideran aptos o, para ser más precisos, cuáles son jurídicamente aceptables, legítimos o lícitos con miras a solucionar los conflictos colectivos?

Una mirada rápida e intuitiva puede llevarnos a responder esta pregunta diciendo que las modalidades que transitan por los caminos de la autocomposición (diálogo, participación, negociación colectiva, etc.) resultan ser las más adecuadas para resolver las controversias colectivas del trabajo⁽²⁰⁾; lo mismo que, por extensión, probablemente diríamos en relación a otro tipo de conflictos, cualquiera fuere su naturaleza.

Pero apenas un palmo más allá de esa primera respuesta espontánea, deberíamos caer en la cuenta de que resulta incompleta y hasta errónea si no va acompañada de ciertas precisiones. Por ejemplo, será necesario aclarar que la autocomposición será un instrumento apto, solo cuando la tríada que hace a la esencia del Derecho colectivo del trabajo funciona adecuadamente y, cuando, por consiguiente, todos y cada uno de los pilares que la integran, cuenta con las consabidas garantías de reconocimiento, protección y promoción. Donde esas premisas no están aseguradas, no hay autocomposición, ni composición, sino imposición.

Y cuando se trata de conflictos colectivos de derecho, a lo antedicho se hace necesario agregar algunas consideraciones más. Porque cualquiera sea el medio de solución elegido para encauzar los conflictos de este tipo, resulta esencial que la definición pase por la aplicación de la norma jurídica preexistente, porque en estos casos, asegurar su vigencia en la realidad práctica será uno de los principales valores a resguardar⁽²¹⁾. Por esta razón, mientras en los conflictos de interés es esencial que las partes participen activamente en la tarea de buscar una solución, en los conflictos de derecho, la relevancia de tal participación disminuye. Pero sería un error pensar que en estos casos se despreja la participación de los involucrados. Por el contrario, desde los primeros sistemas de solución de controversias laborales, se contempló la presencia de sujetos provenientes de las respectivas profesiones y ramas de la industria⁽²²⁾. Esta particular modalidad de conformación

(20) Plá Rodríguez refería a que la conciliación y la mediación, son “los caminos preferidos para la solución de los conflictos colectivos de trabajo”, en tanto que “las soluciones logradas de común acuerdo entre las partes, son mucho más sólidas, más firmes, más durables, más fecundas que las soluciones impuestas por vía de autoridad. Si ambas partes contribuyen entre las dos a forjar una solución, se van a sentir más solidarias con ella y van a procurar cumplirla con mayor entusiasmo, lealtad y fidelidad a su espíritu”. V. “La solución...”, cit., p. 36.

(21) Plá, op. cit., p. 19; Bronstein, op. cit., p. 148.

(22) En tal sentido, la Ley francesa de 1806 creó los *Conseils de prud'hommes*, que se integraban con jueces legos, para entender en los conflictos individuales de trabajo. BIT, cit. p. 8

de los tribunales del trabajo, adquirió gran difusión en todo el mundo, e incluso en la actualidad, una buena cantidad de jurisdicciones laborales se integran de este modo, señalándose que la fórmula tiene más ventajas que inconvenientes⁽²³⁾.

Pero en la materia que nos ocupa, hay que decir que, en Uruguay, el verdadero dilema, el auténtico nudo gordiano que enfrenta el analista, pasa por despejar la incógnita de si resulta o no pertinente que los conflictos colectivos de trabajo puedan ser sometidos a la dilucidación (léase: decisión) de un tercero, por ejemplo, mediante un procedimiento arbitral y, en particular, si es posible que sean resueltos por la vía jurisdiccional.

A la presentación de estas cuestiones estará dedicada la siguiente parte de esta exposición.

III. CONFLICTOS COLECTIVOS Y PODER JUDICIAL: LAS VISIONES CONTRAPUESTAS DE DOS MAESTROS URUGUAYOS

Como acabo de indicar, una importante porción de la más lúcida doctrina uruguaya ha entendido que los conflictos colectivos no son susceptibles de ser sometidos a la dilucidación del Poder Judicial. Y aclaro: no ya a la dilucidación de las sedes laborales (que tienen definida su jurisdicción sobre la base de la fórmula “asuntos originados en conflictos individuales de trabajo”⁽²⁴⁾), sino, más ampliamente, de ninguno de los tribunales del Poder Judicial.

Tomaré como referente de esta doctrina al maestro Héctor-Hugo Barbagelata, que sintetizó su pensamiento a este respecto en un artículo publicado a principios de 2011 en la revista *Derecho Laboral*⁽²⁵⁾.

Nuestro autor comienza refiriéndose a la ya citada fórmula con que nuestra Ley delimita la jurisdicción de las sedes laborales (asuntos originados en conflictos individuales de trabajo), para decir que con el empleo de la misma se “dejó fuera deliberadamente la intervención de los jueces en una clase completamente distinta de conflictos laborales, como es la de los conflictos colectivos de trabajo”⁽²⁶⁾. Y agregaba que,

(23) Bronstein, A., op. cit., p. 152-153.

(24) Inaugurada por el art. 106 de la Ley 12.803, del 30 de noviembre de 1960 (“Créase un juzgado letrado del trabajo de Montevideo, que entenderá en primera instancia “en los asuntos originados en conflictos individuales de trabajo”) y actualmente consagrada en el art. 2º de la Ley 18.572, del 11 de setiembre de 2009.

(25) “Conflictos individuales y conflictos colectivos”, rev. *Derecho Laboral*, t. LIV, núm. 241, ene-mar 2011, p. 33 y ss.

(26) Barbagelata, H-H, loc. cit.

“para éstos, dada su diferente naturaleza, la Constitución de la República había encomendado al legislador, desde 1934 (en su art. 57, según actual numeración), la promoción de tribunales de conciliación y arbitraje”⁽²⁷⁾, cometido que Barbagelata entendía cumplido con la creación, en 1943, de los Consejos de Salarios⁽²⁸⁾.

El autor consideraba que la exclusión de este tipo de contiendas de la función jurisdiccional a cargo del Estado, estaba “suficientemente justificada por las características de esos conflictos” y, en particular, por las siguientes razones:

- En primer lugar, porque, según ya se adelantó, Barbagelata entendía que el conflicto colectivo “no es nunca un conflicto jurídico” y aunque “las partes desarrollen interpretaciones jurídicas para vestir su causa” su definición “no depende ni responde a criterios de justicia, sino de razonabilidad, conveniencia, oportunidad, relación de fuerzas y capacidad de resistencia”. Estos conflictos, decía, no pueden ser resueltos “por los tribunales de justicia porque no se trata de determinar a qué parte le asiste la razón, desde el punto de vista del derecho o de la equidad, sino que lo que importa es lograr que el conflicto colectivo abierto finalice lo más pronto posible, restableciéndose en la mejor forma la continuidad de las relaciones laborales”⁽²⁹⁾. Opinaba que “...para que un conflicto colectivo quede definitivamente resuelto, hay que hacer aquello que ningún juez puede, esto es, desinteresarse de la eventual solución arreglada a derecho y buscar la salida menos traumática para las partes”⁽³⁰⁾.
- En segundo lugar: las características especiales del conflicto, legitiman que en su transcurso y con ciertos límites, se empleen medios dirigidos a dañar a la parte contraria (se refiere al ejercicio del derecho de huelga, que apunta a “golpear al patrón donde más le duele”), algo que “sería impensable en un conflicto jurídico que se desarrolle ante jueces”⁽³¹⁾.

(27) Ídem.

(28) Ibidem. El art. 20 de la Ley de creación de los Consejos de Salarios dispone que éstos “tendrán, además de la función de fijar salarios, la de participar, de acuerdo con la reglamentación que se dictará, en la aplicación de la Ley y la de actuar como organismo de conciliación en los conflictos que se originen entre patronos y obreros del grupo para que fueron constituidos. A ese efecto durarán un año en sus funciones, pero sus miembros podrán ser reelectos”. Véase también: Loustaunau, Nelson, *Consejos de Salarios*, FCU, Mdeo., 2010, p. 51 a 53.

(29) Barbagelata, H-H, op. cit., p. 34.

(30) Barbagelata, H-H, op. cit., p. 34-35.

(31) Barbagelata, H-H, op. cit., p. 35.

- En tercer lugar, los tribunales de conciliación y arbitraje tienen ciertas ventajas sobre las sedes judiciales (por ejemplo, habilitan cierta continuidad de la actividad negociadora que las partes podían venir desarrollando desde antes; pueden actuar con mayor celeridad, etc.).
- Otros argumentos manejados por Barbagelata:
 - El resultante de lo que califica como la “unilateralidad del conflicto colectivo”, cuya “producción y finalización depende de la decisión unilateral de los trabajadores”. “Sobran ejemplos (dice) de situaciones que parece que inevitablemente deben transformarse en conflictos colectivos y que sin embargo se ventilan como conflictos individuales” y lo mismo a la inversa⁽³²⁾.
 - El carácter difuso de los pactos determina que “estos asuntos deben ser resueltos dentro y no fuera del mundo del trabajo”⁽³³⁾
 - “No es bueno que los jueces bajen al ruedo” y resulten “contaminados por el conflicto, el cual crea un ambiente en el que lo corriente es que se juegue fuerte y no es bueno para la imagen de la justicia”, etc.⁽³⁴⁾
- Como corolario de todo lo antedicho, Barbagelata redondeaba su opinión acerca de que la atribución de competencia a la justicia laboral (incluso por vía legal) sería, además de inconveniente, inconstitucional, “puesto que acuerda a los tribunales de justicia lo que la Constitución dispuso que, en último caso, se resolviera a través de tribunales de conciliación y arbitraje”⁽³⁵⁾.

Sin embargo, otra doctrina, tan prestigiosa como la anterior, defendió una perspectiva diferente sobre este espinoso tema.

En ella se encuentra, por ejemplo, la opinión del Maestro Plá Rodríguez, para quien “Del mismo modo que los jueces pueden decidir los conflictos jurídicos individuales, también deben decidir los conflictos colectivos de la misma índole porque la operación lógica que se requiere es idéntica: el silogismo en el cual

(32) Barbagelata, H-H, op. cit., p. 36-37.

(33) Barbagelata, H-H, op. cit., p. 37.

(34) A este respecto, la opinión de Plá coincidía con la de Barbagelata. V.: op. cit., p. 40.

(35) Barbagelata, H-H, op. cit., p. 38.

la premisa mayor es la norma y la premisa menor las resultancias del caso concreto”. Sin embargo, el mismo autor consideraba “inadecuada la solución para resolver los conflictos de intereses, pese a que la doctrina brasileña, que tanto respeto nos merece siempre, se inclina por ella. Esos conflictos no pueden resolverse de acuerdo a criterios jurídicos, que son los que manejan constantemente los jueces sino en función de criterios económicos, prácticos, políticos y de equidad”⁽³⁶⁾.

Sin embargo, no es Plá Rodríguez el autor que tomaré como referente para ilustrar acerca de esta otra forma de encarar el rol del Poder Judicial en la dilucidación de los conflictos colectivos. En su lugar escojo a quien fuera su Maestro y también, Maestro del propio Barbagelata: Eduardo J. Couture.

No hace falta presentar la figura de Couture, que fue (y, seguramente, es) el jurista uruguayo de mayor renombre universal y, también, una de las personalidades más representativas del pensamiento uruguayo de mediados del siglo pasado. Couture fue, como se sabe, profesor de Derecho procesal, pero su magisterio abarcó otras disciplinas jurídicas, entre ellas, naturalmente, la nuestra. Además de haber compartido la autoría de algunas recordadas obras con Plá y con Barbagelata, Couture desarrolló como ningún otro las bases jusfilosóficas del Derecho procesal del trabajo y fue frecuentemente evocado para reivindicar la exigencia de un proceso para la materia laboral.

Como se comprenderá, no es por casualidad, entonces, que en el primer número de la revista *Derecho Laboral* (abril de 1948) apareciera publicado un artículo de Couture. Y es, precisamente, en dicho artículo, que el insigne jurista expuso su pensamiento sobre la solución de los conflictos de trabajo⁽³⁷⁾. Tomando como punto de partida la afirmación de que “Es muy peligroso tratar los problemas jurídicos como si fueran políticos. Pero es mucho más peligroso aún, no ver los problemas políticos que se esconden detrás del ramaje de los jurídicos”⁽³⁸⁾, Couture sitúa la clave de su contribución en la idea de que frente a la opinión de que el conflicto de trabajo debe necesariamente dirimirse por acto de las partes, en el libre juego de sus fuerzas recíprocas y en que al Estado solo queda reservada una función tutelar, “debe alzarse (...) otra concepción que parta de premisas opuestas”⁽³⁹⁾. De esta suerte, Couture proseguía diciendo “Conforme no concebimos para el conflicto individual otro método de decisión como no sea el de los jueces

(36) Plá Rodríguez, A., op. cit., p. 39-40.

(37) “Solución política y solución jurisdiccional de los conflictos de trabajo”, rev. Derecho Laboral, núm. 1, abr-set 1948, p. 8 y ss.

(38) “Solución política y...”, cit., p. 7.

(39) Ídem, p. 13.

del Estado, no concebimos para el conflicto colectivo, aún en su máxima magnitud, otro medio de decisión que el de la función jurisdiccional específica”⁽⁴⁰⁾. Y se explicaba así: “La lucha de las partes y el resultado de sus respectivas fuerzas constituyen en nuestro concepto, una solución contingente del conflicto; el fallo comprensivo y documentado del tribunal especial de conflictos, actuando en método jurisdiccional examinando todos sus términos (nivel de vida, salario, posibilidad de la empresa, futuro de la industria, etc.), constituye la solución correcta del mismo”. “El primero, deja librada la solución, como en el orden político, a la habilidad o la fuerza de las voluntades; el segundo, la deja librada a la justicia”⁽⁴¹⁾.

Couture proponía, entonces, la organización de “una vasta experiencia de la justicia del trabajo, para toda clase de conflictos, paralela al sistema de la justicia de la propiedad y de la familia dentro del régimen de la Constitución”⁽⁴²⁾. La finalidad de esa organización, habría de ser, en la visión de Couture, “sustraer la decisión del conflicto de trabajo, que en último término es un problema de justicia social, a la fuerza de la coacción y de la violencia, para dirimirlo en el ámbito del derecho”⁽⁴³⁾.

Pero estas ideas venían acompañadas por una muy interesante acotación del autor: “referimos nuestra solución (decía Couture) a lo que denominamos hoy y aquí: al grado relativamente alto de educación social y cívica de nuestro pueblo; al concepto inmejorable que merece nuestro Poder Judicial; al espíritu de progreso que ha presidido la orientación social del País desde comienzos de siglo”. “La tesis no es, pues, extensible a otros momentos y a otros ámbitos (aclaraba nuestro autor), aunque ella constituya, por sí misma, un ideal jurídico” (...) “en un país sin fe en su justicia, o sin educación suficiente o con gobiernos reaccionarios dominados por agentes de acción antisocial, la fórmula no tiene sentido”⁽⁴⁴⁾.

Y para los escépticos, Couture remataba así: “Acaso esto parezca a más de un espíritu realista, una utopía. Pero es con estas utopías que el Uruguay ha conquistado un lugar en las ideas sociales del mundo”⁽⁴⁵⁾.

(40) Ibidem.

(41) Ibidem.

(42) Ídem, p. 19.

(43) Ibidem.

(44) Ídem, p. 17.

(45) Ídem, p. 19.

IV. COMENTARIOS FINALES

Dos visiones distintas y bien distantes entre sí, de dos grandes maestros uruguayos. Mi contribución podría, perfectamente, terminar en este punto. Y, debería decir, que quizás sería prudente que aquí terminara. Sin embargo, caigo en la tentación y avanzo un poco más, para agregar unos pocos comentarios finales, en este caso, de mi propia y modesta cosecha.

Primero: sobre lo que acontece en la realidad de nuestro país, es importante señalar que es bastante inusual (para ser justo, habría que decir que es raro) que los conflictos colectivos se resuelvan por decisión de un tercero imparcial⁽⁴⁶⁾ y, todavía más, que se ventilen ante los tribunales del Poder Judicial. A este respecto existe una clara reticencia de los sindicatos, que prefieren evitar lo que califican como la judicialización de los conflictos colectivos.

Segundo: sobre la fórmula “asuntos originados en conflictos individuales de trabajo” (originariamente consignada en el art. 106 de la Ley 12.803 y actualmente reiterada en el art. 2 de la Ley 18.572) y las consecuencias que de ella se pueden o se deben extraer: entiendo que su alcance no es otro que el que se infiere de su texto. Es decir: en la solución de los asuntos originados en conflictos colectivos de trabajo no intervienen, de regla, las Sedes de la jurisdicción laboral. Y digo de regla, porque a partir de la entrada en vigencia de la Ley 18.566, hay que hacer la salvedad de las contiendas que puedan suscitarse en aplicación del art. 21 de dicha norma legal, tema en el que evito ingresar para no desviar el rumbo de estos comentarios finales que me propongo hacer breves.

Por consiguiente, de la (a esta altura) famosísima fórmula legal, no se concluye que la solución de los conflictos colectivos quede excluida de la autoridad de los magistrados judiciales, a los que nuestro sistema constitucional confía, por regla de principio, el ejercicio de la función jurisdiccional. No siendo competentes en la dilucidación de tales asuntos colectivos las sedes laborales, la cuestión pasará por determinar qué sedes tendrían a su cargo dicha competencia, problema que, en algún caso que se ha planteado en la práctica se ha resuelto reconociéndole la misma a los tribunales letrados en lo civil⁽⁴⁷⁾, al haberse entendido que una disposición legal les atribuye una competencia de carácter residual⁽⁴⁸⁾.

(46) A pesar de que, según relevamiento realizado por Pucci, Nión y Ciapessoni, “la mayoría de los convenios prevé la intervención de un tercero en caso de conflicto...”. Pucci, Francisco, Nión, Soledad y Ciapessoni, Fiorella, La negociación colectiva y los actores sociales en un gobierno de izquierda. Conflictos, consenso y resultados, Univ. de la República, CSIC, Mdeo., 2012, p. 93.

(47) V. Garmendia, Mario y Castello, Alejandro, “Las relaciones colectivas de trabajo ante la jurisdicción civil. La responsabilidad del sindicato por el incumplimiento de un convenio colectivo”, in rev. Derecho Laboral, t. XLI, núm. 189, ene-mar 1998, p. 136 y ss.

(48) Art. 68 de la Ley 15.750.

Tercero: sobre la afirmación de que la Constitución de la República impide que los tribunales judiciales puedan conocer en conflictos colectivos de trabajo: como ya se indicó, tal idea ha sido planteada a partir del texto del segundo inciso del art. 57 de la Carta, que comete a la Ley la tarea de promover la creación de tribunales de conciliación y arbitraje. La Constitución delega en la Ley la promoción de dichos tribunales y está bien que lo haga. Es correcto y conveniente que las soluciones de ese tipo sean alentadas, por las ventajas que tienen sobre otro tipo de opciones: la simplicidad, celeridad y aptitud para generar una justicia más coexistencial, más pacificadora, ya que en la propia generación del instrumento se encuentra una cuota parte de participación de quienes se involucran en la elección de un árbitro en el que confían pueda aportarles una adecuada solución para la situación que los enfrenta. Pero, con todo, no advierto que del artículo 57 de la Constitución se deduzca que la solución de los conflictos colectivos resultó radiada de la función jurisdiccional inherente al Estado, por la sencilla razón de que unos y otros mecanismos de solución (tribunales de conciliación, tribunales de arbitraje y tribunales judiciales) no son excluyentes entre sí, sino que, al contrario, pueden perfectamente coexistir y, de hecho y de derecho, lo hacen en cualquier sistema integral de resolución de conflictos de cualquier índole.

Por lo demás, más allá de lo que se pueda concluir del análisis textual del citado inciso del art. 57 de la Constitución, a mi juicio, ningún conflicto social puede definirse a priori, como ajeno a la posibilidad de que sea dilucidado por un tercero, porque considero que debe ser asumido como un postulado esencial, que hace al propio funcionamiento del Estado de derecho, que los conflictos, cualquiera sea su clase, puedan ser sometidos al conocimiento y decisión de un juez. Acudir al pronunciamiento de una autoridad, de un tercero que pueda resolver un conflicto, es una garantía para el débil. Hago particular hincapié en este punto porque en materia de relaciones colectivas de trabajo, las posiciones de poder son esencialmente cambiantes. Quienes hoy se puedan encontrar o sentir en una situación prominente, mañana pueden quedar desplazados hacia otro lugar menos agraciado en el escenario de las relaciones de poder. A quien hoy le pueda interesar no acudir al pronunciamiento de un juez, quizás mañana esté dramáticamente interesado en contar con esa esencial garantía de la convivencia civilizada.

Porque, en último término, lo que puede estar en juego parece ser un tema de confianza y, por esa razón, quizás sea apropiado terminar evocando una de las célebres citas de Piero Calamandrei, cuando en el Elogio de los jueces escrito por un abogado, decía que “Para encontrar la justicia es necesario serle fiel: como todas las divinidades, se manifiesta solamente a quien en ella cree”⁽⁴⁹⁾.

(49) Calamandrei, Piero, Elogio de los jueces escrito por un abogado, Ed. Reus, Clásicos del Derecho, 2009, p. 27.

MEDIOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO

Dr. Nelson Larrañaga Zeni⁽¹⁾

I. ASPECTOS GENERALES

La experiencia nos indica que los actores laborales prefieren solucionar los conflictos colectivos que los involucran, utilizando los medios extrajudiciales voluntarios que el orden jurídico les ofrece (negociación colectiva, conciliación/mediación y arbitraje voluntarios).

En menor medida, y en casos excepcionales cuando se agotaron las instancias de negociación, alguna de las partes puede recurrir a los medios judiciales de trámite urgente para solucionarlos.

La negociación colectiva y el resto de los mecanismos mencionados constituyen medios directos de solución de conflictos colectivos de trabajo, por cuanto se encaminan directamente a componer los mismos⁽²⁾.

Estos medios directos se diferencian de los llamados medios “indirectos” (huelga, *lock out*, etc.). Estos últimos si bien pretenden presionar a la otra parte para que adopte en forma inmediata un determinado comportamiento, lo cierto es que solo en forma mediata o indirecta buscan la solución del conflicto⁽³⁾.

(1) Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (1983-2002). Autor de dieciséis libros, entre los que se destacan: *Las relaciones laborales colectivas uruguayas* (2014), *La Seguridad Social Uruguaya* (Segunda edición actualizada, 2015) y *Las relaciones laborales individuales uruguayas* (Segunda edición actualizada y aumentada, 2016), todos publicados por la editorial Amalio M. Fernández (Montevideo, Uruguay). Director de la práctica legal de relaciones laborales y Seguridad Social de Ferrere Abogados. Abogado líder en relaciones laborales en Uruguay según las publicaciones internacionales Chambers&Partners Latín América (2010-2016) y Legal 500 Latín América (2013-2015).

(2) Alfredo Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, p.708, 28ª edición, Editorial Tecnos, España, 2007.

(3) Ídem, ídem, nota anterior.

Montoya Melgar afirma que los medios directos son formas de componer el litigio en forma pacífica, mientras que los medios indirectos buscan presionar a la otra parte, y por tanto, tienen una clara intención beligerante.

Ambos medios conviven y no se descartan entre sí. Cada uno de ellos tienen sus peculiares y típicos campos de acción, y sobre todo, ante el fracaso de los intentos de solución pacífica, los medios de presión ascienden a primer plano como técnicas eficaces de resolución del conflicto⁽⁴⁾.

De acuerdo a nuestra experiencia, en el proceso de conflicto colectivo la relación entre las partes transita en forma alternada por diversos grados de negociación-medidas de conflicto-negociación. Al final del día, más temprano o más tarde, se verifica un aflojamiento de la tensión de la relación y las partes le dan paso al raciocinio y a la inteligencia para resolver el conflicto.

A ninguna de las partes le es redituable estar en una situación de inmovilismo conflictual, por lo que es necesario que los representantes de las mismas estén en continuo movimiento neuronal positivo, con el fin de formular propuestas razonables para solucionar el conflicto.

En toda sociedad civilizada, es imprescindible que las partes en conflicto sean capaces de superar rápidamente este disenso. En todo conflicto existen colectivos de personas que defienden intereses, que se contraponen con otros intereses. Aún en este escenario de contradicción, todos deben hacer un esfuerzo para armonizarlos con el fin de lograr una convivencia pacífica.

Nunca debe abandonarse el objetivo de trabajar por la paz social, que es una de las bases del desarrollo de una nación. Una sociedad con instituciones estables, con respeto pleno del Derecho y con paz social, entre otras condiciones, es mirada por otros actores, tanto locales como internacionales, de una forma positiva y alienta a quienes pueden hacerlo, a asumir el riesgo de realizar inversiones productivas.

Mascaro Nascimento señala que el encaminar un conflicto depende de una serie de factores, algunos pertenecen a la esfera de los trabajadores, como la ideología del grupo sindical, y otros están en la ámbito de los empleadores, como su política más abierta o cerrada de receptividad al diálogo y a su mayor o menor sensibilidad ante los problemas del trabajador⁽⁵⁾.

(4) Ídem, ídem, nota 2.

(5) Compendio de direito sindical, p.290, 4ta. edición, Editorial LTR, Brasil, 2005.

Por tanto, los empleadores y trabajadores deberían realizar los mayores esfuerzos para encarar la solución del conflicto, sin preconceptos ideológicos ni de pensar en ganadores o perdedores. Estos pensamientos constituyen bloqueos de la acción y entorpecen el llegar rápidamente a la terminación del conflicto. Lo mejor es la apertura de las dos partes a un diálogo franco, persistente y de buena fe, y con propuestas que colaboren hacia el fin de la disputa.

A) Solución extrajudicial

La solución de los conflictos colectivos jurídicos y de interés o económicos puede provenir utilizando medios extrajudiciales voluntarios⁽⁶⁾. Estos medios pueden ser de índole autocompositiva por negociación colectiva entre las partes, o de carácter heterocompositiva, a través de la participación de un tercero conciliador/mediador (conciliación y mediación) o de uno o varios árbitros (arbitraje voluntario).

Estos medios extrajudiciales constituyen alternativas de solución de conflictos más satisfactorias que las que puede ofrecer la vía judicial a través el proceso común u ordinario, por dos razones:

En primer lugar, porque al buscar las partes en forma colaborativa la solución al conflicto, sea en forma directa o con la ayuda de un tercero, el acuerdo al que finalmente se llegue, se aceptará de buen grado y se cumplirá de buena fe por las mismas.

En este mismo sentido, Mascaro Nascimento afirma que la solución del conflicto tendrá mayor eficacia cuando resulta del consentimiento de las partes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad⁽⁷⁾.

En segundo lugar, las etapas, condiciones y plazos del procedimiento de negociación o del proceso arbitral serán fijadas por las partes, sin atenerse a las rigideces y plazos extensos que gobiernan el proceso judicial común⁽⁸⁾.

La experiencia enseña que los conflictos colectivos de trabajo deben atenderse y resolverse en forma rápida y eficaz. Esto debería funcionar así porque está en juego la continuidad de la actividad productiva de la empresa y el desarrollo normal del trabajo. Los conflictos prolongados pueden poner en riesgo la

(6) Mascaro Nascimento afirma que los conflictos jurídicos o de derecho son aquellos en los que la divergencia reside en la aplicación o interpretación de una norma jurídica. Los conflictos económicos o de interés son aquellos en los que los trabajadores reivindican nuevas y mejores condiciones de trabajo (Compendio de direito sindical, p.292, 4ta. edición, Editorial LTR, Brasil, 2005).

(7) Compendio de direito sindical, ob. cit., p.291.

(8) Cf. también A.Montoya Melgar, Derecho del Trabajo, ob. cit., p.708.

permanencia de los puestos de trabajo y hasta la existencia misma de la empresa.

En estos tiempos de competitividad global, las empresas no pueden quedar paralizadas por mucho tiempo porque tienen el riesgo cierto de perder negocios, clientes y mercados que con tanto esfuerzo lograron conseguir. Por ello, no pueden aguardar el tiempo que insume una eventual solución al conflicto por la vía judicial tradicional.

La existencia de una intensa negociación colectiva bipartita libre y voluntaria y el fomento de la misma por la vía normativa, así como la disponibilidad de procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje voluntario, son factores que favorecen el desarrollo persistente de estos medios alternativos extrajudiciales de solución de conflictos.

B. Solución judicial

En general, el ordenamiento jurídico de cada país posibilita que cualquiera de las partes inmersa en un conflicto colectivo laboral, pueda recurrir a la justicia estatal y someter la decisión del diferendo a un juez o tribunal, previa sustanciación del proceso de conocimiento establecido en la Ley.

Esta competencia generalmente se le asigna a los tribunales laborales o en su defecto, a los tribunales civiles en virtud de su competencia residual. Cabe destacar que la regla es que los tribunales resuelven los conflictos colectivos jurídicos que le presenten voluntariamente alguna de las partes.

Salvo pocas excepciones y dependiendo de la legislación de cada país, en general los tribunales estatales no resuelven los conflictos colectivos económicos o de interés, los que están reservados para la negociación entre las partes⁽⁹⁾.

Sin perjuicio de intentar previamente la solución extrajudicial del conflicto, alguna de las partes puede encontrar un atractivo para recurrir a la vía judicial siempre que:

- (i) La Ley le otorgue jurisdicción y competencia a un tribunal para dirimir el conflicto colectivo, y

(9) Brasil es una de las excepciones en tanto la justicia laboral tiene competencia para resolver conflictos colectivos económicos o de interés. El caso más reciente fue la resolución del conflicto económico de los trabajadores del metro de San Pablo, que coincidía con la celebración del campeonato mundial de fútbol en el año 2014. Los actores laborales disientían sobre el porcentaje de ajuste de salarios a aplicar, y ante la falta de acuerdo, el sindicato adoptó medidas de paralización del mencionado medio de transporte. La justicia (Tribunal Regional de Trabajo) dictaminó que la huelga era abusiva y estableció el porcentaje de ajuste a aplicar (<http://www.elmundo.es/internacional/2014/06/10/5396493cca47417d388b457a.html>).

- (ii) La petición respectiva se sustancie en un proceso muy abreviado, similar al que rige en el proceso de amparo de derechos fundamentales. Este proceso cumple la condición de obtener una solución rápida al conflicto colectivo planteado.

II. LA AUTOCOMPOSICIÓN

En caso que no hayan tenido éxito los mecanismos de prevención del conflicto, este se exterioriza mediante la aplicación de medidas. En este escenario, en general las partes retoman la negociación colectiva, con el fin de que pacíficamente concilien sus intereses y de esta forma resuelvan el conflicto.

Este diálogo entre las partes se desarrollará en los ámbitos institucionales que existan (por ejemplo, Comités de empresa, Comisión de relaciones laborales, etc.) y de acuerdo a los procedimientos acordados.

En obras de infraestructura de gran dimensión, que implican la contratación de miles de trabajadores, las partes pueden acordar un procedimiento de examen de las reclamaciones en una doble instancia a nivel de la empresa, tal como lo sugiere la Recomendación OIT núm. 130 (1967).

El primer nivel atendería las cuestiones regulares, diarias, con el fin de solucionar las cuestiones puntuales que vayan surgiendo en el curso normal del trabajo. El segundo nivel se reservaría para negociar los temas estratégicos de las relaciones laborales en la empresa, y también se ocuparía de dar solución a los temas que no se resolvieron en el primer nivel.

Pero además de estos ámbitos formales, son también importantes los ámbitos informales, que se desarrollan a través de contactos personales entre los representantes de las partes, ya sea en forma previa o posterior a las reuniones formales.

Estos encuentros informales muchas veces resultan ser muy efectivos para articular soluciones, por cuanto se desarrollan en un ambiente más desestructurado y distendido, que el que se cumple en el ámbito institucional.

En este contacto interpersonal entre las partes se retomará la negociación y se intentará buscar una solución al conflicto, con el compromiso de que mientras esté en curso la etapa de negociación, se suspenderán las medidas aplicadas. Este es un gesto de buena fe, que demuestra el interés de las partes de colaborar en forma positiva y proactiva en la solución rápida del conflicto.

En esta etapa de negociación entre las partes, que puede desarrollarse tanto a nivel de la empresa en que nació el conflicto, como a nivel de la rama de actividad,

las reuniones y contactos serán más intensos, tanto en dedicación horaria como en la frecuencia de los encuentros.

Las partes deben poner todo su empeño e ingenio para buscar una solución rápida al conflicto, que pueda ser satisfactoria para ambas. En general, estas soluciones son transaccionales, donde cada parte cede en su posición inicial en aras del objetivo común de solucionar el conflicto y retomar prontamente el curso normal del trabajo.

Es necesario que las partes asuman una actitud proactiva y de colaboración mutua, restableciendo los vínculos personales y dejando de lado las posturas intransigentes que en nada favorecen el encuentro de la solución al conflicto.

En este proceso de diálogo, en algunos casos puede ser beneficioso que las partes acepten la incorporación a la mesa de negociación de algunos de los representantes de los empleadores y de trabajadores de la rama de actividad a la que pertenece la empresa. Estos representantes deberían aportar una visión más distante y menos desapasionada del conflicto y con esta actitud, podrían ser articuladores efectivos en la búsqueda de la solución al mismo.

III. HETEROCOMPOSICIÓN POR UN CONCILIADOR/MEDIADOR

En caso que no se encuentre una solución al conflicto por las partes por la vía de la negociación colectiva bilateral, estas podrán acordar la incorporación de un tercero. Éste cumplirá extrajudicialmente las funciones de conciliación y posterior mediación, con el fin de ayudar a las partes a encontrar un punto de encuentro, que permita la solución satisfactoria del conflicto.

Este recurso al conciliador y mediador requiere por lo menos tres condiciones. En primer lugar, que las partes estén de acuerdo en solicitar la asistencia de un tercero conciliador/mediador.

En segundo lugar, este último debe ser independiente de las partes y neutral⁽¹⁰⁾.

En tercer lugar, el procedimiento (etapas, agenda y plazos) debería estar acordado previamente o en su defecto, fijarse en la primera reunión, con el fin de que las partes se atengan a ciertas reglas de encauzamiento del diálogo.

Nos inclinamos a sugerir que el tercero que se elija libremente por las partes

(10) Las dos condiciones señaladas en el texto son también requeridas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III, Parte 1B, párrafo 243, p.104, aprobado por la Conferencia General de la OIT, 101ª reunión, 2012).

sea del ámbito privado. Las partes pueden manejar una lista común de mediadores independientes que les merezca confianza o recurrir a un Centro u Organización independiente que provea servicios de mediación y conciliación.

En la negociación de una salida al conflicto colectivo planteado, el tercero conciliador escuchará primero a las partes e intentará acercarlas buscando un punto común de encuentro conciliatorio. En esta etapa, el tercero en funciones de conciliación todavía no realiza propuestas de solución del conflicto.

Si no hay conciliación entre las partes, en la misma instancia de reunión, el tercero podría asumir el rol de mediador, proponiendo una solución que busque armonizar los intereses de las partes y que sea satisfactoria para las mismas. Esta propuesta del mediador puede ser reformulada por cada una de las partes y el mediador puede construir una nueva solución.

Montoya Melgar afirma que la mediación se caracteriza por la intervención de un tercero –mediador– dotado generalmente de amplios poderes de propuesta e información. Su función consiste en intentar la avenencia de las partes en litigio, a cuyo efecto les propone un proyecto de solución⁽¹¹⁾.

En el mismo sentido, Mascaro Nascimento sostiene que la mediación no es un procedimiento que termine con una decisión. El mediador no sustituye la voluntad de las partes, quienes tienen plena libertad para aceptar o no la propuesta del mediador. Señala que el mediador adopta un discurso persuasivo y no impositivo⁽¹²⁾.

Debe destacarse que las propuestas del mediador no son vinculantes para las partes. El mediador no puede extralimitarse en sus funciones y pretender decidir el conflicto en forma obligatoria.

Por consiguiente, una auténtica mediación consiste en un proceso colaborativo de carácter dialéctico entre los actores profesionales y el mediador. Este último debería aproximar a las partes, a ayudarlas a comunicarse mejor, a identificar dónde están las diferencias y a trabajar en el diseño de una solución compartida que solucione el conflicto.

Este diálogo llevado con actitud positiva y con mucha inventiva e inteligencia debería conducir a lograr el resultado esperado. Las partes se sentirán que ganaron mutuamente porque más allá de que colaboraron en la solución coyuntural

(11) Derecho del Trabajo, ob. cit., p.710.

(12) Compendio..., ob. cit., pp. 297 y 298.

del conflicto, fortificaron los vínculos interpersonales. Esto les permitirá un abordaje más positivo y amigable en las futuras negociaciones que se desarrollen en los ámbitos que elijan las partes.

IV. HETEROCOMPOSICIÓN POR ARBITRAJE

Las partes pueden decidir voluntariamente someter el diferendo a un arbitraje. La recurrencia a este mecanismo puede estar pactada en un convenio colectivo, en los casos de diferencias de interpretación o de aplicación del convenio. Esto es lo que se conoce como cláusula arbitral.

En el caso de no estar pactado previamente, las partes pueden acordar igualmente someter el diferendo a una arbitraje, luego de que agotaron todos los mecanismos de negociación directa o a través de la participación de un tercero conciliador/mediador.

La regla general es que la solución del conflicto colectivo laboral por arbitraje sea utilizada cuando el mismo versa sobre cuestiones jurídicas. Esto significa que el motivo de la contienda entre las partes se centra en la interpretación o aplicación de una norma jurídica preexistente (por ejemplo, una ley o un convenio colectivo). Este medio de solución no es muy utilizado para resolver conflictos económicos o de intereses, donde las partes no se ponen de acuerdo sobre reivindicaciones planteadas, que todavía no fueron recogidas en una norma.

Una cuestión muy importante es la designación del o los árbitros. En caso que sea unipersonal, las partes deberán ponerse de acuerdo en su designación, contando para ello con listas respectivas propias o proporcionadas por un Centro u Organismo independiente especializado en temas de arbitraje. En caso de que las partes entiendan que se deben designar tres miembros, dos serán elegidos respectivamente por cada parte y el tercero será elegido por acuerdo entre las partes según listas propuestas.

Las partes en uso de su autonomía colectiva serán libres de diseñar el procedimiento, el plazo que insumirá cada una de las etapas, el plazo para el dictado del laudo y la mayoría requerida en caso de que sean varios árbitros y no exista unanimidad. También deberían definir si el laudo se dictará por Derecho o por equidad, si será inapelable, y si será obligatorio. En general, si el conflicto colectivo es jurídico se optará que sea resuelto por Derecho y si es de interés, se elegirá que se decida por equidad.

Esto que acabamos de reseñar se llama compromiso arbitral, que según la

legislación de cada país, se instrumentará mediante formalidades especiales. Hay casos en que por imperativos constitucionales se exige que en forma previa al inicio del proceso, se intente la conciliación entre las partes. Esta tarea la cumplirán el o los árbitros designados.

El dictado del laudo inapelable y obligatorio, en caso que así se haya acordado, pondrá fin al conflicto colectivo y las partes deberán llevar a cabo las acciones que correspondan para lograr su ejecución integral.

Finalmente, cabe destacar que la utilización de este mecanismo de arbitraje debe ser el resultado de la libre voluntad de las partes. Por consiguiente, queda excluido el arbitraje obligatorio impuesto a las partes.

En este sentido el Comité de Libertad Sindical afirma que la norma que imponga el arbitraje en caso que no exista acuerdo en la negociación colectiva bipartita, no está de conformidad con el principio de negociación voluntaria contenido en el artículo 4 del Convenio núm. 98⁽¹³⁾.

V. HETEROCOMPOSICIÓN POR LA VÍA JUDICIAL

En un conflicto colectivo jurídico, cualquiera de las partes que se sienta afectada o perjudicada puede acceder a la justicia competente para que se procese el diferendo y se dicte una sentencia que ponga fin al mismo.

La clave para que se utilice esta vía está en que el procedimiento previsto sea rápido y concentrado, y el fallo se dicte en un plazo breve.

Salvo muy contadas excepciones y dependiendo de la legislación de cada país como hemos comentado, en general los conflictos económicos o de interés se resuelven por la vía de la negociación colectiva o por la arbitral voluntaria, en su caso. Por tanto, no es frecuente someterlos a la decisión judicial.

Está claro que los magistrados tienen experiencia para resolver los conflictos jurídicos, que implican la aplicación de una regla de Derecho. En cambio, no tienen la suficiente experiencia respecto de los conflictos de interés, que impliquen la aplicación de otros criterios y técnicas de negociación ajenas a lo jurídico.

(13) La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, ob. cit., párrafo 993, p.211. El Comité considera que el arbitraje obligatorio solo es admisible en el marco de los servicios esenciales en sentido estricto (esto es, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población) (párrafo 994, p. 211).

VI. REGULACIÓN URUGUAYA

Las reglas sobre solución de los conflictos colectivos están contenidas en normas constitucionales, legales, reglamentarias y en los convenios colectivos de trabajo.

En la regulación nacional sobre solución de conflictos colectivos, hay una preferencia por los medios extrajudiciales voluntarios respecto de los medios judiciales. La norma le da prevalencia a la negociación entre las partes y en su caso, a la participación de un tercero conciliador/mediador requerida voluntariamente por las mismas.

La excepción a esta regla está dada en el caso de los conflictos colectivos de interés o económicos sobre ajustes de salarios y salarios mínimos. Estos temas se negocian a nivel de cada rama de actividad en forma obligatoria en un Consejo integrado por representantes de los empleadores, trabajadores y el gobierno.

En caso de desacuerdo entre las partes profesionales, el conflicto lo decide el Consejo por mayoría simple con carácter obligatorio. Y si no se logra esta mayoría o no se puede realizar la reunión por falta de quórum legal, el conflicto lo resuelve el Poder Ejecutivo por decreto.

En este escenario, la Ley le otorga a las partes una vía de escape a la negociación obligatoria en el Consejo de Salarios. Los actores profesionales a través de sus organizaciones profesionales más representativas de una rama de actividad pueden negociar los asuntos salariales y otras condiciones de trabajo y acordarlas en un convenio colectivo. Esta es una vía que en las dos fases de negociación 2015-2016 se utilizó en forma creciente en varias ramas de actividad.

Luego de firmado el convenio colectivo, o bien se presenta ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para su registro y publicación o ante el Consejo de Salarios para que este ordene estas actividades. Logrado el registro y publicación, que es obligatorio hacerlo para el Organismo ante quien se presenta, el convenio colectivo extiende sus efectos para todas las empresas y trabajadores de la rama de actividad⁽¹⁴⁾.

En los numerales siguientes analizaremos las reglas que regulan la auto-composición del conflicto, así como los diversos medios de heterocomposición extrajudiciales y judiciales.

(14) Ley 18.566, art. 16.

Debe destacarse que se debería seguir apostando a estos medios de solución de conflictos colectivos de trabajo, con el fin de abatir los importantes índices de conflictividad laboral que existen en Uruguay.

Según el último informe de conflictividad laboral del año 2015, se registraron 121 conflictos, por los que se perdieron 1. 663 895 jornadas. Además, se verificaron cinco paros generales nacionales (cuatro parciales de cuatro horas y uno de 24 h.) y 23 ocupaciones de lugares de trabajo⁽¹⁵⁾.

VII. AUTOCOMPOSICIÓN

A. Constitución

La Constitución prefirió a la negociación colectiva bipartita como medio de solución extrajudicial de eventuales conflictos colectivos. Este medio de solución está previsto en forma expresa solamente para el caso de los Entes Autónomos y de los servicios públicos en general, tanto los prestados directamente por el Estado o a través de empresas concesionarias⁽¹⁶⁾.

En este sentido, la norma promueve la creación de ámbitos bipartitos de negociación a nivel de cada Ente Autónomo para negociar condiciones de trabajo, con el fin de contener y solucionar los eventuales conflictos que se originen entre las partes⁽¹⁷⁾.

En el caso de los servicios públicos, se prevé la creación de organismos internos para intentar solucionar los desacuerdos. Si no hay acuerdo entre las partes, las negociaciones continúan, pero la autoridad deberá establecer los medios y procedimientos para mantener la continuidad de los servicios⁽¹⁸⁾.

Debe destacarse que la doctrina afirma que la negociación colectiva y su producto, el convenio colectivo de trabajo, tienen un reconocimiento implícito en la Constitución. La libertad en su más amplia dimensión incluye el derecho a la negociación colectiva y a celebrar convenios colectivos de trabajo. La libertad es un derecho humano fundamental que incluye la negociación y la firma de acuerdos⁽¹⁹⁾.

(15) Las relaciones laborales en 2015 y perspectivas para el 2016, pp. 23 y 24, Instituto de Relaciones Laborales de la Universidad Católica, marzo de 2016.

(16) Art. 65.

(17) Art. 65, inciso 1.

(18) Art. 65, inciso final.

(19) Arts. 72 y 332. En el mismo sentido, A.Plá Rodríguez, Curso de Derecho Laboral, T. IV, volumen I, p. 120.

Por consiguiente, en el marco de la Constitución nacional, se reconoce en forma implícita que la negociación colectiva es un medio idóneo para prevenir y solucionar conflictos colectivos de trabajo.

B) Ley y convenios colectivos de trabajo

La Ley 18.566 sobre negociación colectiva prevé que las partes, en el ejercicio de su autonomía colectiva, puedan acordar mecanismos de prevención y solución de conflictos, que incluyan, entre otros, instancias de información y consulta, y de negociación libre y voluntaria⁽²⁰⁾.

En general, las partes han preferido la creación de mecanismos internos de negociación directa, los que incluyen intercambio de información y prácticas de consultas (formales e informales), como medio de prevenir y solucionar los eventuales conflictos.

En este sentido, en la mayoría de las empresas medianas y grandes, que tienen representantes de la organización sindical de la rama como interlocutores representativos, las partes acordaron la instalación de ámbitos de diálogo bipartito, con el fin de atender los temas diarios que pudieran dar a lugar a conflictos y darles una solución adecuada.

En proyectos de gran dimensión es habitual que se acuerde un procedimiento de reclamaciones de doble instancia en el ámbito de la propia empresa, con distribución de competencias de cada órgano en su respectivo nivel.

En la rama de actividad, las partes han acordado por medio de convenios colectivos, la creación y funcionamiento de ámbitos de diálogo para solucionar temas más estratégicos del sector. Pero además, estos ámbitos tienen la misión de prevenir y solucionar conflictos colectivos a nivel de las empresas que integran la rama.

En general, las partes acuerdan en los convenios colectivos que si no se ponen de acuerdo a nivel de la empresa, la siguiente instancia será el diálogo con los representantes de la rama de actividad. El objetivo es seguir negociando e intentar la solución al diferendo a través de representantes que no están tan directamente involucrados en el diferendo.

En caso de no llegarse a un acuerdo en esta instancia bipartita de la rama, por lo general las partes acuerdan iniciar un procedimiento de conciliación/mediación voluntaria, con la participación de un tercero, que los ayudará a encontrar una solución al conflicto.

(20) Art. 19.

En el caso de las empresas concesionarias de servicios públicos, la Ley 10.913, de 25 de junio de 1947, establecía un procedimiento para la prevención y solución de conflictos en tres niveles: 1º: un Consejo paritario integrado por las partes y eventualmente, con un árbitro; 2º: un Tribunal de conciliación designado por el Poder Ejecutivo; 3º: Tribunal arbitral con integración predeterminada, con fallo obligatorio e inapelable⁽²¹⁾.

En el sector público, la ley establece que el Estado promoverá la consulta y colaboración efectiva entre las autoridades públicas y las organizaciones de trabajadores, con el fin de examinar las cuestiones de interés mutuo, previo intercambio de información. En caso de surgir diferendos, se prevé que las partes directamente busquen la solución a nivel del propio Organismo, y si no hay acuerdo, el diferendo se tratará en un segundo nivel sectorial⁽²²⁾.

VIII. HETEROCOMPOSICIÓN EXTRAJUDICIAL

A) El rol del Estado y de los órganos tripartitos en el sector privado

La Ley prevé la posibilidad de que las partes en forma voluntaria acuerden intentar la solución del conflicto colectivo mediante la recurrencia a un tercero conciliador/mediador⁽²³⁾. Este tercero puede ser el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a través de la Dirección Nacional del Trabajo o el Consejo de Salarios de la rama de actividad de integración tripartita o ambos en instancias separadas⁽²⁴⁾.

Este tercero intentará ayudar a las partes a encontrar una solución al diferendo. Esta participación de un tercero ajeno a las partes en conflicto es también una forma de componer el mismo. Y se recurre al mismo porque las partes no tuvieron éxito en la negociación colectiva bipartita.

Es muy importante destacar que en esta labor de conciliación/mediación, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o el Consejo de Salarios, no tienen facultades legales para resolver el conflicto en forma obligatoria. Solo pueden realizar propuestas de solución que no son vinculantes para las partes.

(21) Plá Rodríguez señala que esta norma fue cuestionada porque establecía un arbitraje obligatorio. Su aplicación fue reducida y disminuyó con el paso del tiempo. Desde hace varios años no se aplica (Curso de derecho laboral, T. IV, volumen 2, ob. cit., p. 42). En la actualidad tampoco se aplica, pese a que el Decreto 234/967 facultó al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a poner en aplicación los arts. 4 y 5 de la Ley 10.913 en casos fundados (art. 1). Este Decreto está vigente según lo establece el Decreto 66/006, de 6 de marzo de 2006 (art. 7º).

(22) Ley 18.508, arts. 2 y 10 a 15.

(23) Ley 18.566, art. 19.

(24) Ley 10.449, art. 20 y Ley 18.566, art. 20, inciso 1.

En caso que el conciliador/mediador no logre acercar a las partes y solucionar el conflicto, el tercero no puede emitir ningún decreto (Poder Ejecutivo) o resolución (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) o un laudo o decisión (Consejo de Salarios), que obligue a las partes en conflicto a aceptar una determinada solución.

Está claro que de acuerdo a la ley mencionada, si las partes no se ponen de acuerdo, finaliza la intervención del tercero, y serán ellas las que en ejercicio de su autonomía, adoptarán las medidas más efectivas que atiendan los respectivos intereses que defienden en el conflicto.

B) El rol del Ministerio de Trabajo en el sector público

En el sector público, cuando las partes en los distintos niveles previstos no lograron ponerse de acuerdo, podrá participar el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quien cumplirá las funciones de conciliación y de mediación⁽²⁵⁾.

Es cuestionable que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social sea el órgano encargado de conciliar/mediar en la solución de los conflictos en el sector público. Está claro que el Ministerio de Trabajo integra el gobierno y por tanto representa al empleador Estado en su conjunto. Es decir, es una parte más y no es un tercero en la conciliación/mediación de un conflicto en el sector público.

C) El rol del convenio colectivo de trabajo

1. Instancias de diálogo acordadas

En general, en un convenio colectivo de trabajo las partes acuerdan que en caso de conflicto colectivo no pudo autocomponerse por las mismas, se llame a participar al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a través de los negociadores dependientes de la Dirección Nacional de Trabajo. En caso que una de las partes solicite su participación, la citada Dirección convocará a la otra parte a una audiencia de conciliación/mediación.

En caso de no llegar a una solución del conflicto, la segunda instancia de negociación colectiva tripartita se desarrollará en el Consejo de Salarios de la rama de actividad respectiva.

La norma prevé que una vez que el Consejo de Salarios del respectivo sector de actividad reciba la solicitud con los antecedentes del diferendo, deberá ser citado de inmediato, a fin de tentar la conciliación/mediación entre las partes

(25) Ley 18.508, art. 9, inciso final.

involucradas. Esta es otra instancia de negociación al máximo nivel del sector de actividad.

La Ley prevé que si transcurrido un plazo prudencial de negociación, que puede ser acordado por las partes, la mayoría de los delegados del Consejo entiende que no es posible arribar a un acuerdo conciliatorio, se deberá dar cuenta a la Dirección Nacional del Trabajo a los efectos pertinentes⁽²⁶⁾. En este caso, el Director Nacional de Trabajo podrá citar a las partes para hacer un último intento conciliatorio y de mediación para solucionar el conflicto.

En este procedimiento administrativo de conciliación/mediación, cada parte deberá estar asistida por abogado desde el comienzo hasta su culminación, salvo que el asunto tenga una cuantía inferior a 20 Unidades Reajustables. En caso que no sea susceptible de estimación pecuniaria, también se requiere la asistencia letrada obligatoria⁽²⁷⁾.

En la práctica esta norma no se cumple. En general, los representantes de las empresas concurren asistidos por abogados o directamente concurre solo el o los abogados en representación de las mismas. Y de parte de los trabajadores, solo concurren los dirigentes sindicales sin asistencia letrada, a excepción hecha de algunas organizaciones sindicales, que en el caso de algún conflicto puntual importante, deciden concurrir asistidos por un abogado.

2. Controversias de interpretación del convenio

La Ley 18.566 establece que para resolver las controversias en la interpretación del convenio colectivo, deberán establecerse en el mismo, procedimientos que procuren agotar todas las instancias de negociación directa entre las partes, y luego, con la intervención de la autoridad ministerial competente, para evitar el conflicto y las acciones y efectos generados por este⁽²⁸⁾.

Esta norma es contraria a la negociación colectiva libre y voluntaria consagrada en el Convenio núm. 98 de la OIT y en la propia Ley 18.566, en la medida que son las partes las que deben decidir libremente si incluyen o no cláusulas de resolución de controversias de interpretación del convenio. La Ley no puede imponer a las partes que deben acordar un mecanismo de solución de diferencias de interpretación.

(26) Ley 18.566, art. 20, incisos 2 y final.

(27) Ley 16.995, de 26 de agosto de 1998, art. 2.

(28) Art. 21, inciso 3.

En la práctica esta norma no ha tenido impacto.

En primer lugar, porque tiene un alcance limitado a los diferendos referidos a la interpretación de los convenios. En segundo lugar, porque en general las partes por interés mutuo acuerdan mecanismos de prevención y solución de conflictos, comprendiendo a todo tipo de diferendos. En tercer lugar, en caso que las partes no lo pacten en el convenio colectivo, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no ha exigido el cumplimiento de la norma.

D) Consulta y la declaración de esencialidad

La Ley prevé dos formas atípicas de solucionar los conflictos colectivos de trabajo.

1. Consulta

Por un lado, la Ley 13.720 establece que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social podrá disponer de oficio y bajo el régimen de votación secreta, que las organizaciones gremiales efectúen una consulta a los trabajadores o empleadores afectados por las medidas de huelga o *lock out*, con el objeto de verificar si ratifican o rechazan el empleo de las mismas o, eventualmente, las fórmulas de conciliación propuestas⁽²⁹⁾.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social puede disponer la realización de esta consulta dentro de un plazo determinado, ya sea antes o después de la aplicación de las medidas de huelga o de lock out.

Este es un medio mandatorio que puede solucionar un conflicto colectivo en tanto el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social puede disponer de oficio la consulta. Luego serán los trabajadores los que decidirán sobre el rumbo que tomará el conflicto.

El resultado de la consulta puede determinar que, o bien los trabajadores no estén de acuerdo con la o las medidas dispuestas y se levanten las mismas, lo que posibilita seguir negociando, o bien que los trabajadores no solo apoyen el levantamiento de la/s medidas, sino que además, aprueben una de las fórmulas propuestas para lograr la solución al conflicto⁽³⁰⁾.

(29) Art. 5.

(30) Hasta ahora, este mecanismo legal fue aplicado una sola vez en el año 1985, en el contexto de un conflicto colectivo que afectaba a una institución médica del sector privado que estaba ocupada por los trabajadores.

2. Declaración de servicio esencial

Por otro lado, la Ley 13.720 establece que en caso que un conflicto colectivo afecte a un servicio público, sea prestado por el Estado o por empresas concesionarias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social deberá establecer servicios mínimos de funcionamiento para garantizar la continuidad de los mismos⁽³¹⁾.

En este sentido, la norma cumple con lo dispuesto en el artículo 65 de la Constitución. Esta norma ordena a la autoridad a organizar los servicios públicos en caso de existir desinteligencias con los trabajadores, que pudieran afectar la continuidad de los mismos.

En general, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social solo ha organizado servicios mínimos en el caso que el conflicto colectivo laboral afecte la continuidad de un servicio público esencial en sentido estricto, esto es, aquel que está destinado a garantizar la vida, salud o seguridad, de toda o parte de la población⁽³²⁾.

Una de las excepciones se registró en el año 2015 cuando el gobierno resolvió declarar esencial los servicios de enseñanza pública por el plazo de 30 días, en virtud de que el diálogo se había agotado y los sindicatos habían anunciado el inicio de una huelga. En esta Resolución se dio prioridad al derecho fundamental de los educandos a recibir educación conforme lo dispone la Ley General de Educación⁽³³⁾.

Esta resolución fue resistida por los sindicatos de la enseñanza pública y no se cumplió en la práctica, ya que la mayoría de los trabajadores continuaron con los paros. Esta resistencia sindical a la resolución, que no había ocurrido antes en otros conflictos donde se dictó una resolución de este estilo, motivó una serie de negociaciones, que culminaron con el levantamiento de la declaración de esencialidad⁽³⁴⁾.

En nuestra opinión, la Constitución habilita al gobierno a que en los servicios públicos en general –sean o no esenciales– cuya continuidad resulte afectada por medidas de paro, establezca servicios mínimos de funcionamiento. Esta es una medida de equilibrio entre la garantía del ejercicio del derecho de huelga, aunque

(31) Art. 4.

(32) La última declaración de servicio esencial fue dispuesta por Resolución de 8 de julio de 2016, dispuesta por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Se declaró esencial la totalidad de los servicios públicos y privados prestados por los servicios de cocina del Centro Hospitalario Pereira Rossell, entre otros, por el término de 60 días.

(33) Resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del 24 de agosto de 2015.

(34) Resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del 31 de agosto de 2015. El gobierno asumió ciertos compromisos salariales en la negociación, que luego fueron aprobados por la Ley 19.335, de 19 de diciembre de 2015 (art. 671). Luego se firmaron convenios colectivos con los sindicatos de la enseñanza pública.

más limitado, y la garantía del ejercicio de otros derechos fundamentales de las personas (los que también tendrán un ejercicio limitado por un menor servicio).

En la práctica asistimos a una recurrente interrupción de los servicios públicos de gran utilidad o importancia trascendental para el ejercicio de derechos fundamentales de las personas, sin que se garantice el cumplimiento de servicios mínimos⁽³⁵⁾.

En general, estos servicios son prestados exclusivamente por el Estado, por lo que los usuarios no tienen ninguna alternativa para hacer efectivo el ejercicio de sus derechos fundamentales, o en el caso que la tengan, algunas personas no pueden acceder a ella por falta de recursos económicos.

Por tanto, algunos colectivos de personas de pocos recursos son los que más resultan afectados por los paros en los servicios públicos de primera necesidad.

En algunos casos puntuales, el establecimiento de servicios mínimos en los servicios públicos puede transformarse en un medio para resolver el conflicto colectivo⁽³⁶⁾.

El reintegro de los trabajadores afectados al cumplimiento de los servicios mínimos le hace perder fuerza al conflicto del lado sindical, y esto permite que los negociadores por parte del sindicato regresen a la mesa de negociación con una posición más flexible y con voluntad de acordar.

E) Arbitraje

1. Arbitraje voluntario

La Ley 18.566 prevé que las partes pueden voluntariamente someter la solución del conflicto colectivo a un arbitraje⁽³⁷⁾.

La recurrencia a este mecanismo puede estar pactada en un convenio colectivo ante el suceso de eventos tales como diferencias jurídicas de interpretación o de aplicación del mismo. Esto se llama cláusula compromisoria, que implica la voluntad de las partes de someter la cuestión a un arbitraje⁽³⁸⁾.

(35) Por ejemplo, paros que afectan el transporte público, servicios no urgentes de salud pública, comunicaciones, aeropuertos, puertos, comercio exterior, registros públicos, etc.

(36) Ya vimos que por excepción, en el conflicto de la enseñanza pública, la Resolución de esencialidad de los respectivos servicios no provocó el efecto señalado en el texto.

(37) Art. 19, inciso 1°. El CGP también prevé que toda contienda colectiva puede ser sometida a la resolución de un tribunal arbitral y le reconoce pleno derecho al laudo dictado por el mismo (art. 472 del CGP).

(38) Art. 473 del CGP.

La poca experiencia que existe en nuestro país demuestra que la recurrencia a este mecanismo de solución del conflicto colectivo es excepcional y solo está limitada a los conflictos colectivos jurídicos. Normalmente los conflictos colectivos de interés lo solucionan directamente las partes o con la ayuda de un tercero conciliador/mediador. Entre otras razones, hay una referida a los costos, ya que las partes deberán solventar los honorarios del o los árbitros designados, en la forma que acuerden las mismas.

En caso de no estar pactado el arbitraje en forma previa al surgimiento de un diferendo, las partes pueden acordar igualmente someterlo al mismo luego que agotaron todos los mecanismos de negociación directa y de participación de un tercero conciliador/mediador.

En este punto, las partes en uso de su autonomía colectiva pueden establecer las reglas del procedimiento a seguir y el mecanismo de designación de los árbitros, así como si el laudo se va a dictar por Derecho o por equidad⁽³⁹⁾.

Hay algunas reglas preceptivas establecidas en el Código General del Proceso (CGP) que deben cumplirse en el proceso arbitral. En primer lugar, el intento de conciliación previa entre las partes por el/los árbitro/s ⁽⁴⁰⁾. En segundo lugar, el otorgamiento y firma de un compromiso arbitral con un contenido mínimo preceptivo, el cual deberá estar documentado en escritura pública o escrito o acta judicial⁽⁴¹⁾.

El laudo es inapelable y obligatorio para las partes. El dictado del laudo pondrá fin al conflicto colectivo y las partes deberán llevar a cabo las acciones que correspondan para cumplirlo totalmente.

2. Arbitraje obligatorio

La Ley 18.566 establece un sistema de arbitraje obligatorio en la negociación colectiva tripartita a nivel de ramas de actividad que se desarrolla en los Consejos de Salarios y en el Consejo Superior Tripartito⁽⁴²⁾.

En el caso de los Consejos de Salarios, donde la convocatoria a negociar es obligatoria, el arbitraje tiene por objeto el dictado de una decisión por mayoría

(39) Art. 490, inciso 1 del CGP.

(40) Art. 490, inciso final del CGP.

(41) Art. 473 del CGP.

(42) Otro caso de arbitraje obligatorio está previsto en la Ley 10.913 referido a los conflictos que puedan originarse en las empresas que prestan servicios públicos. Esta Ley, si bien está vigente, en la práctica no se aplica.

simple del Consejo respectivo. Esta decisión versa sobre la fijación de aumentos salariales y salarios mínimos, así como sobre la regulación de la licencia sindical⁽⁴³⁾. Esta decisión cumple la misma función que un Laudo dictado por un árbitro o un tribunal arbitral.

De esta forma, en vez de que este conflicto colectivo de intereses se solucione por las partes profesionales (empleadores y trabajadores), la Ley establece que debe decidirlo un Órgano tripartito no judicial (Consejo de Salarios), que emite una decisión de cumplimiento obligatorio⁽⁴⁴⁾.

La particularidad de este arbitraje extrajudicial es que además de los actores sociales, participa el gobierno como una parte más desde el inicio de la negociación y durante el desarrollo de la misma. El gobierno imparte los lineamientos de la negociación salarial al inicio de cada ronda y realiza propuestas.

Pero, al momento de adoptarse la decisión, el gobierno cambia su rol y pasa a ser el juez del diferendo en la medida que con su voto decide si acompaña la propuesta de los trabajadores o de los empleadores, en el escenario que no exista acuerdo entre estas partes⁽⁴⁵⁾.

Dado que la decisión del Consejo se adopta por mayoría simple, el voto o la propuesta del gobierno es decisiva para inclinar la balanza hacia uno u otro lado de los intereses en disputa⁽⁴⁶⁾. Si no se logra la mayoría simple o el Consejo no logra reunirse por no contar con el quórum legal para votar, el conflicto lo decide el Poder Ejecutivo por Decreto⁽⁴⁷⁾.

La decisión adoptada por el Consejo por mayoría simple, si bien puede ser objeto de un recurso de apelación, el que decide el mismo es el gobierno a través del Poder Ejecutivo⁽⁴⁸⁾. Por tanto, no se trata de un órgano independiente, lo

(43) Ley 10.449, art. 5, en la redacción dada por la Ley 18.566 (art. 12).

(44) Como dijimos antes, existe una vía legal para escapar de este mecanismo obligatorio y consiste en que las organizaciones profesionales más representativas de empleadores y de trabajadores de la respectiva rama de actividad, pueden acordar negociar todas las condiciones de trabajo, incluidos los ajustes de salarios y salarios mínimos, en forma directa, fuera del Consejo de Salarios. En caso que lleguen a un acuerdo, pueden presentar el convenio colectivo ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o al Consejo respectivo para su registro y publicación. De esta forma se obtiene el efecto erga omnes legal para todos los empleados y trabajadores que integren la respectiva rama de actividad (Ley 18,566, art. 16).

(45) También puede darse el caso que el gobierno formule una propuesta de aumentos de salarios y salarios mínimos, y alguno de los actores sociales la vote. Con los votos de dos órdenes, la propuesta se aprueba por mayoría.

(46) Ley 10.449, art. 14.

(47) Decreto-Ley 14.791, de 8 de junio de 1978, art. 1, literal e).

(48) Ley 10.449, art. 19, inciso 1º. El recurso de apelación no tiene efecto suspensivo y el Poder Ejecutivo deberá resolverlo dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su interposición. Si transcurre este plazo y el Poder Ejecutivo no se expide, queda firme la decisión del Consejo (Ley 10.449, art. 29).

que lleva a concluir que dicho Poder respaldará la decisión del Consejo del cual fue parte⁽⁴⁹⁾.

Además, la decisión del Consejo no puede anularse en la vía judicial en tanto el mismo no es un órgano de la Administración. Según la Constitución, solo pueden anularse los actos administrativos definitivos dictados por los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones⁽⁵⁰⁾.

Por consiguiente, dada la forma en que está estructurado el sistema de apelación, en la práctica la decisión del Consejo deviene inapelable, ya que será un esfuerzo fútil interponer un recurso de apelación por la razón ya apuntada.

Este mismo sistema de arbitraje obligatorio está previsto para la negociación tripartita que se desarrolla en el Consejo Superior Tripartito. Este Consejo adopta decisiones por la mitad más uno de sus miembros sobre la clasificación de los grupos de negociación colectiva tripartita por rama de actividad y las cuestiones relacionadas con los niveles de negociación tripartita y bipartita⁽⁵¹⁾.

El Gobierno es parte de la negociación y luego con el voto de sus seis miembros, puede conformar la mayoría en el caso que alguno de los sectores (empleador o trabajador), vote en su mismo sentido.

En nuestra opinión, todos estos mecanismos decisorios obligatorios son contrarios a los Convenios números 98 y 154 de la OIT, que consagran la negociación colectiva bipartita libre y voluntaria y en el nivel que las partes decidan. También son contrarios a la Recomendación núm. 92 de la OIT, que establece que el arbitraje debe ser voluntario y no obligatorio.

El Comité de Libertad Sindical afirma que las disposiciones que establecen que a falta de acuerdo entre las partes, los puntos en litigio de la negociación colectiva sean 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⁽⁵²⁾.

Dicho Comité también afirma que la intervención de las autoridades públicas en los conflictos colectivos, debe ser compatible con el principio de negociación

(49) En los pocos casos en que se interpuso el recurso de apelación, el Poder Ejecutivo confirmó la decisión del Consejo de Salarios.

(50) Art. 309.

(51) Ley 18.566, art. 10, literales B) y D).

(52) La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Comité de Libertad Sindical, ob. cit., párrafo 993, p.211.

colectiva libre y voluntaria. Para ello, es necesario que los órganos designados para solucionar conflictos entre las partes deben ser independientes y solo se puede recurrir a ellos en forma voluntaria⁽⁵³⁾.

F. APROBACIÓN DE UNA LEY

En nuestra realidad laboral se verificó una forma muy peculiar e inconstitucional de resolver un conflicto colectivo jurídico en el Poder Judicial.

A raíz de una modificación legal, se interpretó que a los funcionarios judiciales les correspondía un aumento salarial. Por su parte, el gobierno entendió que dicho aumento no tenía carácter general para todos los funcionarios judiciales. En base a esta posición, envió un proyecto de Ley al Parlamento con la intención de interpretar la Ley anterior, con el fin de darle un alcance subjetivo muy restrictivo⁽⁵⁴⁾.

Fue así que se aprobó la Ley 19.310, de 7 de enero de 2015. Esta norma realizó una interpretación de la norma que había dispuesto el aumento salarial, de tal manera que eliminaba la aplicación del mismo a la gran mayoría de los funcionarios judiciales⁽⁵⁵⁾. Además, establecía una especie de solución transaccional preceptiva para las demandas judiciales en curso, siempre que se dieran ciertos requisitos⁽⁵⁶⁾.

Ante la aprobación de esta Ley, numerosos funcionarios judiciales promovieron por vía de acción la declaración de inconstitucionalidad de la misma.

La Suprema Corte de Justicia declaró inconstitucionales, entre otros, los artículos 2° y 8° de la Ley 19.310⁽⁵⁷⁾.

Con relación al art. 2, dijo: “(...) una Ley interpretativa que se dirija a contemplar una situación concreta en un conflicto pendiente, puede entonces incurrir eventualmente en una doble inconstitucionalidad: a) por una parte sería violatoria del principio de igualdad consagrada por el art. 8 de la Constitución y b) además violaría el principio de no intervención del legislador en la actividad jurisdiccional (principio de separación de poderes)”⁽⁵⁸⁾.

(53) La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones..., ob. cit., párrafo 1004, p.213.

(54) En el interin y ante el incumplimiento de la Ley, los funcionarios judiciales afectados promovieron acciones judiciales tendientes a cobrar las diferencias salariales derivadas de la aplicación del aumento salarial.

(55) Art. 2.

(56) Art. 8.

(57) Sentencia N° 311/2015, del 30 de noviembre de 2015.

(58) Considerando IV.

Con relación al art. 8, expresó que esta norma: “ (...) significa una modificación salarial, de sentido negativo, razón por la que previó acuerdos de carácter general con adhesión calificada de los funcionarios, solución que solo puede entenderse en carácter de renuncia en hipótesis de afectación de derechos, también violatoria de la precitada norma constitucional”⁽⁵⁹⁾.

Con posterioridad a esta sentencia, las partes firmaron un acuerdo que puso fin al conflicto⁽⁶⁰⁾.

IX. HETEROCOMPOSICIÓN JUDICIAL

A) Conciliación y arbitraje judicial

La Constitución establece que la Ley deberá promover la creación de tribunales de conciliación y de arbitraje⁽⁶¹⁾. Esta norma manda a la Ley a que promueva dos medios para solucionar los conflictos colectivos, como lo son, la conciliación y el arbitraje, a través de la creación de tribunales especializados.

Dado que la Constitución mandata la “creación de tribunales” y en tanto éstos son los encargados de administrar justicia, se estaría inclinando por la solución judicial de los conflictos colectivos. Si bien la norma no se expide si el acceso a estos tribunales por los justiciables sería de carácter voluntario u obligatorio, en nuestra opinión el acceso solo sería voluntario en mérito al derecho fundamental de libertad consagrado en los artículos 7 y 10 de la Constitución.

En esta materia, la Ley no ha creado los tribunales de conciliación y arbitraje. En su lugar, la Ley se inclinó por promover los mecanismos voluntarios extrajudiciales para la solución de los conflictos colectivos.

Las Leyes que ya mencionamos anteriormente le dieron relevancia a la conciliación y a la mediación voluntaria, y también al arbitraje voluntario, como medios extrajudiciales de solución de conflictos colectivos, que no pasan por los estrados judiciales. Estos mecanismos están disponibles tanto para los conflictos colectivos jurídicos como para los de interés.

(59) Considerando V).

(60) Convenio del 23 de diciembre de 2015, publicado en la web del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (www.mtss.gub.uy).

(61) Art. 57, inciso 2°.

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico procesal, el acceso a la justicia está garantizado para solucionar exclusivamente los conflictos colectivos de trabajo jurídicos, donde el magistrado debería aplicar una regla de Derecho.

Por lo tanto, quedan fuera del ámbito de la jurisdicción y competencia de la justicia estatal, los conflictos colectivos de trabajo económicos o de interés, donde lo que está en juego son distintas propuestas, que las partes negocian e intentarán llegar a un acuerdo. En este conflicto, las partes intentan, o bien modificar una regla de Derecho preexistente o crear una nueva, que tiene como antecedente una negociación colectiva previa.

B) Proceso de conocimiento y sentencia judicial

De acuerdo a la Ley 18.572, la justicia del trabajo solo tiene competencia para entender en conflictos individuales de trabajo⁽⁶²⁾.

En forma excepcional, la justicia laboral entiende en el conflicto colectivo e individual de carácter jurídico, que se genera cuando el empleador decide el despido o la aplicación de cualquier medida perjudicial, que afecta a un representante sindical o a un afiliado al sindicato. El sindicato y el trabajador afectado deben alegar que la medida adoptada por el empleador está fundada en la actividad sindical del mismo⁽⁶³⁾.

En el resto de los conflictos colectivos jurídicos entiende la justicia con competencia civil. Cualquiera de las partes que contiene es libre de someter esta controversia jurídica a la justicia⁽⁶⁴⁾. Este conflicto se resolverá por el tribunal aplicando una regla de Derecho. La norma prevé que el juez puede fallar por equidad, cuando las partes así se lo soliciten y siempre que se trate de derechos disponibles⁽⁶⁵⁾.

La realidad demuestra que, salvo los conflictos originados por la vulneración de ciertos derechos fundamentales por aplicación de medidas extremas por el colectivo de trabajadores (por ejemplo, ocupación del lugar de trabajo o bloqueo de acceso al mismo), los demás conflictos colectivos jurídicos por lo general no son presentados ante la justicia estatal.

Las partes tratan de resolverlos mediante la negociación directa o con la participación de un tercero acordada voluntariamente por las partes (conciliador/mediador o árbitros). Por tanto, no hay un uso o práctica de judicializar los conflictos colectivos jurídicos.

(62) Art. 2.

(63) Ley 17.940, arts. 1 y siguientes.

(64) Art. 11.1 del Código General del Proceso (CGP).

(65) Art. 25.1 del CGP.

En cuanto a los conflictos colectivos de interés o económicos, éstos son resueltos por la vía de la negociación directa entre las partes, y en caso de no existir acuerdo, las mismas solicitan voluntariamente la participación de un tercero conciliador/mediador.

En Uruguay estos conflictos colectivos laborales de interés no pueden ser sometidos a la justicia estatal, en la medida que las partes solo tienen derecho a acudir ante los tribunales, a plantear un problema jurídico concreto u oponerse a la solución reclamada⁽⁶⁶⁾. El objeto de la pretensión puede consistir, por ejemplo, en la declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, aun cuando este no haya sido vulnerado o desconocido, o de una relación jurídica⁽⁶⁷⁾.

Por tanto, las partes inmersas en un conflicto colectivo laboral de interés, no pueden someterlo a la decisión de la justicia estatal.

Y aunque pudieran, en materia de relaciones colectivas de trabajo, las partes prefieren negociar y acordar directamente por la vía de la firma de un convenio colectivo de trabajo, en ejercicio de su autonomía colectiva reconocida por la Ley 18.566. Las partes no están dispuestas a renunciar a esta autonomía y delegársela a un Juez.

C) Conflictos colectivos especiales

En nuestro orden jurídico laboral existen dos Leyes que prevén la solución de conflictos colectivos especiales por la vía judicial⁽⁶⁸⁾.

En primer lugar, como ya expresamos, en la Ley 17.940 se establece que se puede someter a la justicia laboral la solución del conflicto colectivo motivado en el despido o por aplicación de alguna medida perjudicial decidida por el empleador en perjuicio de un representante sindical o respecto de uno o varios trabajadores, por su participación en actividades sindicales⁽⁶⁹⁾.

En este sentido se prevé un proceso de tutela especial para ciertos representantes sindicales, que se tramita por la vía del amparo, y otro proceso común, que se tramita por el proceso ordinario laboral, que alcanza al resto de los trabajadores.

En segundo lugar, en la Ley 18.566 se prevé que si durante la vigencia de un convenio colectivo alguna de las partes incumple la paz laboral respecto de los

(66) Art. 11.1 del CGP

(67) Art. 11.3 del CGp.

(68) Leyes 17.940 y 18.566.

(69) Arts. 2 y siguientes.

temas acordados en el mismo, la parte afectada puede solicitar a la justicia laboral la rescisión judicial del convenio, salvo que las partes hayan fijado otro procedimiento⁽⁷⁰⁾.

Si bien la Ley estableció que sería competente la justicia laboral, debido a una modificación posterior de la competencia de esta –que solo comprende los conflictos individuales de trabajo⁽⁷¹⁾–, ahora es competente la justicia civil en virtud de su competencia residual.

En la práctica no conocemos casos en que se haya sometido este tipo de cuestiones a la decisión de la justicia. Si este punto se llega a plantear en una situación de hecho determinada, las partes prefieren solucionar el asunto por la vía de la negociación.

En recientes convenios colectivos se prevé que el incumplimiento de la obligación de paz o la que refiere a los mecanismos de prevención del conflicto, pueden dar motivo a que cualquiera de las partes afectada por el incumplimiento, solicite la rescisión unilateral del convenio en forma extrajudicial.

Y en tercer lugar, debemos mencionar el recurso a la vía del amparo judicial en el caso de vulneración de derechos fundamentales. En situaciones de medidas extremas aplicadas por el sujeto colectivo del lado de los trabajadores, como la ocupación del lugar de trabajo o el bloqueo de acceso al mismo, han resultado muy efectivas las desocupaciones y desbloques ordenados por la justicia civil, previa promoción de la vía rápida del amparo previsto en la Ley 16.011.

En general, estas sentencias han permitido desarticular la medida de conflicto aplicada y el retorno al trabajo. Estas sentencias, o bien ponen fin al conflicto con el reintegro de todos o gran parte de los trabajadores, o si no le ponen fin, permiten que las partes regresen a la mesa de negociación en condiciones más civilizadas y sin la presión de la medida que estaba en curso. En general, esto conduce a lograr una negociación colectiva más equilibrada, donde finalmente se llega a un acuerdo razonable.

(70) Art. 21, inciso final.

(71) Ley 18.572, art. 2.

LA MEDIACION Y EL ARBITRAJE COMO OPCIÓN PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS.

Patricia Ramela⁽¹⁾

I. CONFLICTO

El conflicto es toda situación a resolver derivada de las diferencias existentes entre las personas involucradas o que se sienten alcanzadas por el mismo.

Es definido así el conflicto con una connotación positiva, que es la de su gestión. En el entendido de que si estamos ante una situación que no amerita su resolución, es decir, una conducta activa de sus partícipes –cualquiera sea ella–, la controversia no es tal. La gestión del conflicto implica su administración.

El conflicto de derecho, cualquiera sean los intereses en juego, se resolverá mediante mecanismos impuestos por Ley o en su caso, por mecanismos que son adoptados por las partes cuando de derechos disponibles se trata.

Surge ante la escasez de los bienes materiales, las distintas consideraciones de su justa distribución y la falta de objetividad en la búsqueda de equilibrio y acuerdo en la distribución de lo escaso o de lo que entendemos como escaso.

(1) La Dra. Escribana Patricia Ramela, es egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, especializada en Mediación y Arbitraje en la Universidad de la República, Universidad Católica del Uruguay y en la Asociación de Escribanos del Uruguay. Mediadora. Arbitro. Coordinadora de la Comisión del Arbitraje del Centro de Resolución de Conflictos de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Co redactora del Reglamento de Arbitraje del CRC de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Arbitro del CRC de la AEU. Asesora especializada en materia de Cooperativas de Trabajo. Especializada en sindicatura e intervención concursal. Integrante de la lista de Síndicos e Interventores Concursales del Poder Judicial. Integrante del Colegio de Síndicos e Interventores Concursales.

II. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Son medios de resolución de conflictos la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y los procesos judiciales.

Distinguiéndose así, los primeros como métodos alternativos a la vía judicial.

Estos distintos medios cuando poseen una sistematización y etapas que llevan a los involucrados por las distintas instancias y mediante el uso de diferentes herramientas que conllevan la propia gestión de un caso en particular y conforme a las necesidades o a las características que le son propias.

Los métodos mencionados se agrupan conforme a distintas clasificaciones, entre ellas:

1. Métodos autocompositivos - métodos heterocompositivos

Los primeros son la negociación, la mediación y la conciliación, se caracterizan porque las partes son las que los resuelven, las soluciones partes de ellas. Ya sea en forma directa –negociación– o en forma indirecta –mediación, conciliación–.

Los segundos son el arbitraje y la jurisdicción estatal, métodos en los cuales la resolución del conflicto es dada por un tercero.

2. Métodos adversariales-no adversariales

Los métodos adversariales son aquellos en los que el resultado no puede satisfacer simultáneamente a todas las partes. El interés de una de las partes se ve satisfecho a costa al sacrificio total o parcial del interés alegado por la parte contraria. Dentro de este grupo se encuentran el Arbitraje y la Jurisdicción Estatal.

Los métodos no adversariales son aquellos en los que el resultado puede satisfacer a todos los involucrados. Comprende la Negociación, la Mediación y la Conciliación.

III. MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

La Mediación es un método de resolución de conflictos voluntario, no adversarial, autocompositivo, por el cual los sujetos involucrados optan por designar un tercero neutral, ajeno al conflicto a los efectos de que facilite la comunicación e incluso la haga viable.

Se caracteriza por ser un método flexible pero no carente de toda formalidad. Conlleva distintas etapas y herramientas que son utilizadas por el mediador

a los efectos de llegar a una solución de la divergencia que emana de las propias partes. No les es impuesta.

Es importante que la solución sea satisfactoria a ambas partes porque no es vinculante si bien ante un acuerdo de partes, se formaliza mediante la firma del documento que lo recoja. Es esencial la buena fe de las partes.

Es un método ágil, en el que las partes se pueden imponer la confidencialidad y el no uso de la prueba que sea manejada en el proceso de mediación, es más, no se entrega registro alguno salvo el acuerdo en caso de que se llegue a su otorgamiento.

Conforme a lo dispuesto por el Artículo 2 de la Ley 16.995 “En todo procedimiento de conciliación en sede judicial o administrativa, mediación o arbitraje, cada parte deberá ser asistida por abogado desde el comienzo hasta su culminación. No se requerirá firma letrada ni asistencia letrada en la audiencia en los asuntos cuya cuantía sea inferior a 20 Unidades Reajustables. Los asuntos no susceptibles de estimación pecuniaria requerirán firma en la presentación y asistencia letrada en audiencia”.

El Arbitraje es un método de resolución de conflictos voluntario –salvo cuando la Ley lo impone expresamente– adversarial, heterocompositivo, mediante el cual un tercero –Arbitro-Tribunal Arbitral– es investido de la facultad de decidir con autoridad de cosa juzgada –laudo–.

En nuestro ordenamiento jurídico vigente no existe una Ley especial de arbitraje interno, sin embargo contamos con distintas disposiciones dentro de la pirámide jerárquica normativa, que se refieren a este instituto. Citaremos las que entendemos de mayor valor a los efectos de este trabajo y sus conclusiones:

1. Constitución de la República

Artículo 6.- “En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos”.

Artículo 57.- “La Ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica. Promoverá asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje”...

Artículo 65.- “...En los servicios públicos administrados directamente o por concesionarios, la Ley podrá disponer la formación de órganos competentes para entender en las desinteligencias entre las autoridades de los servicios y sus empleados y obreros (...)”.

2. Legislación.

La Ley 16.995, precitada, en su artículo 2 establece en relación al arbitraje en general que cada parte deberá ser asistida por abogado desde el comienzo hasta su culminación.

Algunas leyes especiales, como la Ley 17.243.- Defensa de la Competencia, faculta a las partes a someter la contienda de la materia reclusa en el capítulo IV, Normas de Defensa de la competencia, al arbitraje conforme a lo dispuesto por el Código General del Proceso

Otro ejemplo es la Ley 16.906.- Ley de Promoción de Inversiones Extranjeras. Artículo 25. Solución de Controversias:

“Toda controversia relativa a la interpretación o aplicación de la presente Ley que se suscite entre el Estado y un inversor que hubiera obtenido del Poder Ejecutivo la Declaratoria Promocional, podrá ser sometida, a elección de cualquiera de los mismos, a alguno de los siguientes procedimientos:

Al del Tribunal competente.

Al del Tribunal Arbitral, que fallará siempre con arreglo a derecho, conforme con lo establecido en los artículos 480 a 502 del Código General del Proceso.

Cuando se haya optado por someter la controversia a uno de los procedimientos previstos precedentemente la elección será definitiva.

Lo dispuesto en los párrafos precedentes será de aplicación con relación a los inversores extranjeros en caso de ausencia de tratado, protocolo o convención internacional en materia de solución de controversias, en vigor a la fecha de suscitarse las mismas”.

Por su parte la Ley 17.703.- Fideicomiso, establece el arbitraje como obligatorio o facultativo de las partes según el conflicto se trate de fideicomiso financiero o no. En este sentido, el Artículo 8 establece, ...” En los casos de conflicto entre las partes si se tratare de fideicomiso financiero se recurrirá al proceso arbitral previsto en los artículos 472 y siguientes del Código General del Proceso, y si se tratare de fideicomiso no financiero se podrá recurrir al proceso arbitral citado o a la vía judicial, siguiéndose el trámite del proceso extraordinario previsto en los artículos 346 y 347 del Código General del Proceso”.

CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Ley 15.892. El proceso arbitral en el Uruguay es regulado en el Código General del Proceso, en el Título VIII Libro II, comprende seis capítulos, artículos 472 al 507.

Ámbito de aplicación.

El artículo 472 del Código General del Proceso, en la redacción dada por la Ley 19.090 –en adelante CGP– dispone:

“Toda contienda individual o colectiva podrá ser sometida por las partes a resolución de un tribunal arbitral, salvo expresa disposición legal en contrario.

La Ley reconoce de pleno derecho los laudos emitidos por árbitros designados, ya sea por las partes, o por un tribunal judicial, así como los dictados por los tribunales formados por las cámaras de arbitraje, a los que se sometan las partes”.

Este artículo consagra la universalidad en materia arbitral.

Por su parte el art. 476 del CGP establece que “No pueden someterse a proceso arbitral las cuestiones respecto a las cuales está prohibida la transacción”.

Este artículo limita el ámbito de aplicación del arbitraje ya no por una Ley expresa que lo prohíba sino desde el punto de vista objetivo del proceso arbitral.

En función de lo anteriormente expuesto, estamos en condiciones de afirmar que, en principio, la vía arbitral en el derecho patrio, es de aplicación en todo conflicto individual o colectivo. Dos son sus excepciones: la prohibición legal expresa y la materia en la que existe prohibición legal de transacción.

IV. ARBITRAJE COMO SISTEMA DE GARANTÍAS

Quien ejerce un derecho acudiendo a la vía de jurisdicción estatal o arbitral sabe de antemano los pasos a seguir, las condiciones del ejercicio de su derecho, desde el punto de vista formal y sustancial.

Acudimos al sistema de protección de derechos y bienes al tener un proceso ya regulado y la garantía constitucional que consagra el debido proceso.

El artículo 14 del CGP, en cuanto a la interpretación de las normas procesales, establece que para interpretar la norma procesal, el tribunal deberá tener en

cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales. Ante la duda, acudir a las normas generales, teniendo presente los principios generales del derecho y especiales del proceso y la necesidad de preservar las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en este.

Por su parte el Artículo.15 integración de las normas procesales establece que ante el vacío legal se deberá recurrir a los fundamentos de las leyes análogas, principios constitucionales y generales del derecho, especiales del proceso y doctrinas más recibidas atendidas las circunstancias del caso.

El artículo 16 del mismo cuerpo normativo consagra el principio de indisponibilidad de las normas procesales, con la excepción del proceso arbitral. Conforme a esta disposición, las partes no pueden acordar por anticipado dejar sin efecto las normas procesales, salvo en el proceso arbitral.

V. DERECHO DEL TRABAJO, ARBITRAJE Y NUESTRA CARTA MAGNA

En nuestro ordenamiento jurídico vigente , se reitera, no tenemos una Ley especial de arbitraje interno, sino que el procedimiento arbitral está regulado en el Código General del Proceso, en distintas leyes especiales que hacen mención al instituto –de las que se citó en este trabajo algunas de ellas– y en disposiciones que forman parte de nuestra Carta Magna .

Con relación al arbitraje en materia laboral, en la Constitución hay dos disposiciones al respecto.

El artículo 57 establece “La Ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería. Promoverá asimismo la creación de tribunales de conciliación y arbitraje”.

No se ha legislado en ese sentido, si bien la norma citada es clara, e impone al legislador la implementación de tribunales de conciliación y arbitraje.

No se ha promovido el arbitraje.

El artículo 65, también ya transcripto establece: “...En los servicios públicos administrados directamente o por concesionarios, la Ley podrá disponer la formación de órganos competentes para entender en las desinteligencias entre las autoridades de los servicios y sus empleados y obreros...”.

El legislador ha mantenido también una actitud pasiva ante esta disposición, no se han creado órganos para entender en los conflictos individualizados por la disposición legal pre citada.

Es muy escasa la legislación en la materia arbitral y prácticamente inexistente en materia de arbitraje laboral.

VI. LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE COMO MEDIOS DE SOLUCIONES DE CONFLICTOS COLECTIVOS

En nuestro ordenamiento jurídico están previstos los convenios colectivos los que la Doctrina ha entendido como sistemas de solución de controversias que recoge en cierta forma las disposiciones constitucionales en la materia

Sin perjuicio de no coincidir con esta opinión, la competencia de los convenios colectivos no abarca toda la materia relativa a conflictos colectivos.

Es decir que ambas posiciones doctrinarias no son excluyentes de la aplicación de la mediación o el arbitraje como medios de resolución de conflictos colectivos.

Por su parte, como ya se manifestara, el CGP en su artículo 472 establece que todo conflicto individual o colectivo puede ser resuelto por arbitraje salvo prohibición legal expresa.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico disposición alguna que prohíba el arbitraje laboral, es decir que excluya del ámbito arbitral a los conflictos colectivos. De igual forma respecto de la mediación.

En general, las críticas o reparos de las doctrinas laboralistas respecto a la aplicación del arbitraje a los conflictos individuales de trabajo radican, en el peligro de lesión de los principios laborales, de los postulados de derecho colectivo y de la propia materia laboral, que es de orden público.

Es importante destacar que la naturaleza de orden público del derecho de Trabajo no implica la indisponibilidad de esos derechos.

El sistema legal de negociación colectiva de la Ley 18566, no es excluyente de la aplicación de los métodos de mediación y arbitraje para la solución de conflictos colectivos los que comprenden un amplio abanico que no se limita a los salarios y categorías laborales.

Las partes de un conflicto laboral pueden optar por dirimir sus diferencias en sede arbitral en gran parte de sus situaciones de conflicto y elegir el proceso a seguir, con sus debidas garantías.

El proceso arbitral no implica una jurisdicción de menor calidad, ni un decisor menos competente, muy por el contrario está previsto el proceso arbitral en

nuestro Código General del Proceso el, cuerpo normativo que reconoce al laudo la misma fuerza que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. El Árbitro o tribunal arbitral podrá ser elegido por las partes del conflicto.

Conforme al CGP, cuando las partes no acuerdan que el laudo sea conforme a Derecho, este será por equidad.

El laudo por equidad no implica preceptivamente el apartamiento de la normativa en la materia. Las disposiciones de orden público deben ser contempladas en el laudo y un árbitro responsable de su función pública ejercida privadamente, las tendrá en consideración sin ningún lugar a dudas.

VII. CONCLUSIONES

1. El arbitraje y la mediación son métodos de resolución de conflictos que tiene como ventajas la celeridad, inmediación, flexibilidad con ciertas formalidades, la fuerza de autoridad de cosa juzgada del laudo, la economía –procesal y financiera–, la reserva de las actuaciones, valor que es muypreciado para las partes.
2. Estos métodos permiten que un tercero ajeno al desgaste del sistema de negociación colectiva, en su caso, de paso a alternativas distintas y a la utilización de las herramientas propias de estos métodos.
3. Los principios generales del Derecho y los principios procesales rigen al arbitraje al igual que la normativa en la materia. Cuando el arbitraje refiere a un conflicto de naturaleza laboral, los principios propios del Derecho e Trabajo debieran incorporarse en forma automática al proceso.
4. El debido proceso está en los principios de igualdad entre las partes, legalidad, derecho de defensa, derecho a su día en el tribunal y a un proceso de razonable duración. .
5. Los profesionales del Derecho es importante que conozcamos estos métodos y sus herramientas para proponerlos como mecanismos eficaces y legales para la solución de conflictos colectivos. Desde el escribano que otorga el compromiso arbitral, el asesor al momento de la redacción de la cláusula compromisoria, hasta los secretarios arbitrales, tribunal arbitral y auxiliares del tribunal son quienes deben garantizar a las partes su debido proceso y transmitir la confianza en el método elegido para la solución de la controversia.-

LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO EN EL PERÚ

Raúl G. Saco Barrios⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

En esta ponencia, presentada al II Encuentro Chileno-Peruano-Uruguayo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 29 y 30 de julio de 2016, procuramos desarrollar los medios de solución de los conflictos colectivos de trabajo en el Perú.

Para ello, referimos muy brevemente algunos aspectos básicos acerca de los conflictos de trabajo y su clasificación (I), y ciertas generalidades sobre los medios de solución de los conflictos de trabajo (II); a continuación, exponemos con alguna amplitud los medios de solución de los conflictos colectivos, económicos y jurídicos (III). Por último, dedicamos algunas líneas a los conflictos colectivos jurídicos en el contexto de la justicia constitucional (IV).

Ciertamente, efectuamos nuestro estudio a la luz de la legislación peruana⁽²⁾.

(1) Profesor ordinario del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. rgsaco@pucp.edu.pe

(2) Además de la Constitución, citamos las normas con rango de Ley: la Ley (aprobada por el Congreso de la República y promulgada por el Poder Ejecutivo), los decretos legislativos (dictados por el Poder Ejecutivo con base en la delegación de la atribución legislativa efectuada por el Congreso de la República y sometidos, respecto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la Ley) y los decretos leyes (aprobados por los gobiernos de facto). Y también, los decretos y resoluciones: los decretos supremos (en lo formal, las normas de mayor jerarquía dictadas por el órgano ejecutivo, dadas y aprobadas por el Presidente de la República, firmadas por él y al menos por un Ministro de Estado) y las resoluciones supremas (normas dadas por uno o más Ministros de Estado con el visto bueno del Presidente de la República).

II. CONFLICTOS DE TRABAJO Y CLASIFICACIÓN

Conflicto de trabajo es toda contienda originada en una relación laboral⁽³⁾, todo enfrentamiento planteado entre los sujetos de esta⁽⁴⁾ –a saber, uno o más trabajadores o una organización sindical, de una parte, y uno o más empleadores o una organización sindical o entidad patronal, de otra⁽⁵⁾–.

Una clasificación sobre los conflictos de trabajo –de las varias que pueden hacerse y ofrece la doctrina, y de mayor interés para esta ponencia– los separa en: conflictos individuales y conflictos colectivos; y conflictos jurídicos (o de derecho o de aplicación) y conflictos económicos (o de intereses o de revisión).

Los conflictos individuales corresponden a una o más personas específicas y, por eso mismo, a un interés concreto de estas. Los conflictos colectivos conciernen a los trabajadores considerados como categoría y, por tanto, a un interés abstracto⁽⁶⁾.

Los conflictos jurídicos (o de derecho o de aplicación) atañen a la aplicación o interpretación del derecho vigente. Los conflictos económicos (o de intereses o de revisión), en cambio, propugnan la creación de nuevos derechos o la modificación de derechos ya existentes⁽⁷⁾.

(3) Cfr. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Curso de Derecho Laboral. Conflictos Colectivos, Montevideo, Editorial Idea, 2001, tomo IV, volumen 2, p. 11. También: PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Estudio preliminar. En: DE BUEN, Néstor (coordinador), A solução dos conflitos trabalhistas. Perspectiva Ibero-americana, São Paulo, LTr, 1986, p. 10.

(4) Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, Mario, Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo, Lima, Aelee, 1997, p. 20.

(5) *Ibid.*, p. 22.

(6) El Diccionario de la Lengua Española brinda la definición siguiente: “Conflicto colectivo. En las relaciones laborales, conflicto que enfrenta a los trabajadores, a través de sus representantes, con los empresarios. Afecta a una empresa o a un sector económico y su resolución tiene efectos generales” (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Espasa, 2014, 23ª edición, Edición del Tricentenario). A su vez, la legislación establece: “Conflictos colectivos laborales: Son aquellos conflictos de intereses sobre un determinado bien jurídico o cuando se produce incertidumbre jurídica en torno al reconocimiento o vigencia de un derecho” [Directiva 5-2012-MTPE/2/14 (punto V.5.1.d), aprobada por la Resolución Ministerial 76-2012-TR del 5 de marzo de 2012].

(7) “Las controversias jurídicas o de derecho o de aplicación se refieren a la interpretación y aplicación de un derecho nacido y actual, importando poco que tenga su fuente en una prescripción formal de la Ley o en una disposición de un convenio individual o colectivo. Las económicas o de interés o de revisión no versan sobre la interpretación de un derecho adquirido, fundado en la Ley o el contrato, sino que son reivindicaciones que tienden a modificar un derecho existente o crear un derecho nuevo. En las primeras se busca aplicar la norma, ante un incumplimiento o violación; de allí que modernamente se las denomine precisamente controversias de aplicación; en las segundas, se busca revisarla y sustituirla, por lo que en la actualidad se las llama controversias de revisión. En aquellas, la norma es el punto de partida; en estas, es la meta, el punto de llegada. En las jurídicas, se busca mantener el status quo normativo, alterado por una infracción, mientras en las económicas se pretende sustituirlo por otro, normalmente más favorable a los trabajadores. [] Es decir, en el primero [el conflicto de derecho] la mirada es retrospectiva y apunta a la norma preexistente; en el segundo [el conflicto de interés], se mira hacia adelante a la norma que

Sobre esta base, puede hablarse de conflictos individuales, jurídicos (o de derecho o de aplicación) y económicos (o de intereses o de revisión); y de conflictos colectivos, jurídicos (o de derecho o de aplicación) y económicos (o de intereses o de revisión).

Los conflictos colectivos jurídicos (o de derecho o de aplicación) versan casi exclusivamente sobre la interpretación de normas jurídicas⁽⁸⁾, aun cuando eventualmente puedan concernir también a la pretensión (requerida al Estado) de derogación de estas o a “la existencia de grupos profesionales”⁽⁹⁾. En cambio, los conflictos colectivos económicos (o de intereses o de revisión) son quizá más comunes y surgen habitualmente en el ámbito de la negociación colectiva.

Aunque pueda cuestionarse el vigor de cualquier ordenación de los conflictos de trabajo —la realidad es muy rica y no es posible seccionarla para ubicar cada “fracción” en compartimentos estancos, a más de que lo verdaderamente importante es identificar y examinar la causa de los conflictos—, ella parece insoslayable a los efectos de determinar los medios para solucionarlos⁽¹⁰⁾.

está por nacer” (PASCO COSMÓPOLIS, Mario, op. cit., pp. 23-24). “Conflicto colectivo de intereses es el relacionado con el establecimiento de un derecho, o la modificación disminución, o supresión de uno existente. Los vinculados a la aplicación o interpretación de un derecho constituyen los llamados conflictos de derecho. Estos deben ser resueltos conforme a derecho, y los primeros, según criterios sociales y económicos” (MORGADO VALENZUELA, Emilio, Medios de solución de los conflictos colectivos de intereses en el sector privado, en “Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo. Cusco - Perú, 1997, 30 de abril, 1 y 2 de mayo. Exposiciones y ponencias”, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1997, p. 247.

- (8) A decir de Pasco la distinción entre las controversias jurídicas colectivas y las controversias jurídicas individuales “es tan sutil e imperceptible que en realidad no existiría. El pretendido carácter colectivo de una reclamación en que se exige el respeto de una norma preexistente en nada modifica la naturaleza intrínseca del litigio y en nada influye para su tratamiento procesal; no pasaría de ser una distinción puramente teórica que por no trascender hacia medida alguna de orden práctico es conveniente superar, siquiera por razones didácticas” (ibíd., pp. 24-25). En su opinión, “la única especie propia de controversia jurídica colectiva es la denominada por el derecho brasileño controversia de interpretación: aquella en la que, existiendo duda sobre los alcances de una convención colectiva o sentencia normativa, vale decir, sobre la aplicación de la misma, la sentencia que se expide es también normativa, con efecto erga omnes. A partir de una controversia jurídica, los efectos del fallo son normativos, crean derecho. Salvo en este ejemplo, propio y privativo del derecho brasileño, no encontramos otros casos que permitan diferenciar esencialmente entre la controversia jurídica individual y la colectiva” (ibíd., p. 27). Ello no obstante, la legislación patria reconoce expresamente los conflictos colectivos jurídicos; así, por ejemplo, el artículo II del Título Preliminar de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, de manera general, establece: “Ámbito de la justicia laboral. Corresponde a la justicia laboral resolver los conflictos jurídicos []. Tales conflictos jurídicos pueden ser individuales, plurales o colectivos []. En adelante y para referirnos a la “Nueva Ley Procesal del Trabajo”, usamos las siglas NLPT.
- (9) WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, Derecho de las Relaciones Laborales. Un derecho vivo, Santiago, Editorial Universitaria, 2003, p. 567.
- (10) Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, Mario, op. cit., p. 24, nota 3. Por cuanto toca a los conflictos colectivos, los jurídicos y los económicos “tienen una naturaleza diferente que gravita inevitablemente en la forma de solucionarlos” [PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Medios de solución de conflictos. En: ERMIDA URIARTE, Óscar y OJEDA AVILÉS, Antonio (coordinadores), El Derecho Sindical en América Latina, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995, p. 261].

Así, pues, definido el conflicto de trabajo, hecha la clasificación pertinente y formulada la advertencia precedente, entremos al punto siguiente: los medios de solución de los conflictos de trabajo.

III. MEDIOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE TRABAJO

Si existen “conflictos”, se torna necesario determinar maneras de remediarlos. De estas, referimos las más importantes. Así, pues, son medios de solución de los conflictos de trabajo: la negociación directa, la conciliación, la mediación, el arbitraje y la decisión judicial.

En el Perú, todos ellos son aplicables a los conflictos individuales. De todos modos y con relación a los conflictos individuales jurídicos (de derecho), se ha restringido la aplicación del arbitraje (respecto a la oportunidad de la celebración del convenio arbitral y al monto mínimo de la remuneración mensual del trabajador involucrado)⁽¹¹⁾.

En cuanto a los conflictos colectivos, los cuatro primeros –negociación directa, conciliación, mediación y arbitraje– son aplicables tanto a los conflictos colectivos económicos como a los conflictos colectivos jurídicos. Por el contrario, la decisión judicial no está prevista como medio de solución de los conflictos colectivos económicos; o lo que es lo mismo, el órgano jurisdiccional del Estado no tiene competencia para solucionar los conflictos colectivos económicos. Al margen de cualesquiera otras consideraciones, creemos acertado el temperamento del Legislador nacional: el “Poder Judicial” no parece ser un ente apropiado para tramitar, sustanciar y resolver conflictos de intereses; a saber, magistrados y jueces fallan los asuntos según argumentos jurídicos mientras que los conflictos de intereses deben atenderse –como afirmaba Américo Plá Rodríguez– según “criterios económicos, prácticos, políticos y de equidad”⁽¹²⁾.

Los “extra-procesos”

(11) Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, sexta disposición complementaria: “Las controversias jurídicas en materia laboral pueden ser sometidas a arbitraje, siempre y cuando el convenio arbitral se inserte a la conclusión de la relación laboral y, adicionalmente, la remuneración mensual percibida sea, o haya sido, superior a las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP)”. En el año 2016, la Unidad de Referencia Procesal (URP) equivale a S/. 395,00; por tanto, 70 URP son S/. 27 650,00; unos S 8 430,00, aproximadamente (tipo de cambio: S/. 3,28). En adelante y para referirnos a la “Nueva Ley Procesal del Trabajo”, usamos las siglas NLPT.

(12) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Curso..., cit., p. 36. También: PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Estudio preliminar..., cit., p. 25. El mismo autor asevera: “Los jueces están acostumbrados a resolver los problemas en función de las normas existentes. No tienen el hábito de la creación de soluciones distintas a aquellas que derivan de las normas y que provienen de razones de mérito o de conveniencia” (lugares citados).

Aun cuando en nuestro país se regula unos llamados “extra-procesos”⁽¹³⁾ y se los trata –desde el punto de vista de la Autoridad Administrativa de Trabajo– como un “mecanismo de solución de controversias”, nos tomamos la licencia de negarles tal carácter a la vez que estimamos son, esencialmente y en los hechos, un espacio para una práctica útil de la conciliación y la mediación, para un ejercicio provechoso de estas. Por eso mismo, conceptuamos al “extra-proceso” como el ambiente en el que las partes se congregan frente a un tercero (la Autoridad Administrativa de Trabajo) para tratar de entenderse; en tanto que los medios de solución son la conciliación y la mediación que en tal ambiente se aplican.

Ciertamente, al lado de los medios de solución de los conflictos colectivos (económicos o jurídicos) de trabajo, juegan las llamadas reuniones extra-proceso⁽¹⁴⁾. Por lo común, estas reuniones extra-proceso son convocadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo con miras a procurar la solución de conflictos surgidos durante el desarrollo de la negociación colectiva o con motivo de una comunicación (a la Autoridad o a los empleadores o empleador) sobre preaviso (plazo) de huelga.

Se las denomina “extra-proceso” porque, en los hechos, aunque citadas durante una negociación colectiva en trámite, son ajenas al proceso (formal) de la negociación colectiva (negociación directa, conciliación o mediación, huelga y no arbitraje); o porque son extrañas al proceso previo al pronunciamiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo sobre la procedencia o improcedencia, o legalidad o ilegalidad de otro cualquier preaviso de huelga o de la huelga misma.

Desde nuestro punto de vista y como acabamos de apuntar, las reuniones extra-proceso no constituyen un “medio de solución” de conflictos.

En primer lugar, llama la atención la denominación misma: “extra-proceso”. El “corsé” procedimental y el seguimiento formal de normas procesales no hacen el proceso; el proceso lo hacen las propias partes. A saber, “donde están las partes, ahí está el proceso”.

(13) Los “extra-procesos” están regulados por la Directiva 5-2012-MTPE/2/14, «Lineamientos para la intervención administrativa en conflictos laborales colectivos: los llamados “extraproceso”, la preferencia por el arbitraje potestativo y la intervención resolutoria como facultad excepcional», formulada el 2 de diciembre de 2011 por la Dirección General de Trabajo del MTPE y aprobada por la Resolución Ministerial 76-2012-TR del 5 de marzo de 2012.

(14) Las reuniones extra-proceso están reguladas por la Directiva 5-2012-MTPE/2/14, “Lineamientos para la intervención administrativa en conflictos laborales colectivos: los llamados “extraproceso”, la preferencia por el arbitraje potestativo y la intervención resolutoria como facultad excepcional”, formulada el 2 de diciembre de 2011 por la Dirección General de Trabajo del MTPE y aprobada por la Resolución Ministerial 76-2012-TR del 5 de marzo de 2012.

En segundo lugar, la entrevista de las partes impulsada por la Autoridad Administrativa de Trabajo procura conseguir el avenimiento de las partes. Al efecto, las reuniones “extra-proceso” son conducidas por un funcionario de dicha Autoridad, quien, en realidad, oficia como conciliador o mediador. De lograrse el entendimiento, este se materializa como un acuerdo conciliatorio, aun cuando este recoja plenamente la fórmula propuesta por aquel. Así las cosas, el medio de solución del conflicto es la conciliación o, de ser el caso, la mediación pero no la reunión “extra-proceso”. En esta se logró el acuerdo, pero este es fruto de una conciliación o mediación.

De todos modos, no deja de despertar interés el temperamento de la Autoridad Administrativa de Trabajo, que, no obstante lo expuesto, las considera un medio de solución de conflictos, conforme apreciamos de la definición que ella brinda de “extra-proceso”: “Es el mecanismo de solución de controversias que integra elementos de la conciliación y de la mediación, y cuya finalidad consiste en incentivar el diálogo entre los representantes de [los] trabajadores y del empleador o empleadores, para propiciar el acercamiento de sus posiciones en función a intereses comunes que trasciendan el conflicto”.

La huelga

Análogamente, aunque la huelga puede ser usada a manera de presión para la adopción de acuerdos⁽¹⁵⁾ y sin dejar de reconocer su carácter “trivalente” –según explicaba Óscar Ermida Uriarte⁽¹⁶⁾–, nos permitimos no considerarla entre los medios de solución de los conflictos de trabajo⁽¹⁷⁾. En sí misma, la huelga es

(15) “() la huelga procura “forzar” el surgimiento de una fórmula que solucione un conflicto. Desde ese punto de vista, la negociación no resulta “asistida” sino que “promovida” activamente por la huelga» (MORGADO VALENZUELA, Emilio, op. cit., p. 248).

(16) “En realidad, la huelga es ‘o puede ser’ cualquiera de esas tres cosas, y aún las tres a la vez: un medio de acción sindical o gremial, un conflicto colectivo de trabajo, y una forma de solucionar el conflicto”. “() en definitiva, la huelga tendría esta trivalencia de ser un medio de acción sindical o gremial, el principal de los conflictos colectivos de trabajo y, al mismo tiempo, uno de los medios de solución del conflicto colectivo”. (ERMIDA URIARTE, Óscar, Apuntes sobre la huelga, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, pp. 16 y 17).

(17) En esto, nos alineamos con el parecer de PLÁ RODRÍGUEZ, quien en un importante estudio sobre los medios de solución de conflictos en el contexto del Derecho Sindical en América Latina aclaraba preliminarmente: “No incluiremos, en cambio, el vasto tema de la reglamentación de la huelga y del lock out, de su conceptualización y de sus consecuencias porque entendemos que no constituyen medios de solución sino medios de lucha” (PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Medios de solución, cit., loc. cit.). Al respecto, estimamos revelador que Rafael F. ALBURQUERQUE, Néstor DE BUEN, Wagner D. GIGLIO, Alfredo MONTOYA MELGAR, Rolando MURGAS TORRAZZA, Mario PASCO CÓSMPOLIS y Américo PLÁ RODRÍGUEZ, hayan publicado: primero, La solución de los conflictos de trabajo “Perspectiva Iberoamericana (México, STPS, 1985, dos tomos); y varios años después, con Mario ACKERMAN y Emilio MORGADO VALENZUELA “el reconocido Grupo de los Nueve”, La huelga en Iberoamérica (Lima, Aele, 1996).

un conflicto⁽¹⁸⁾, el conflicto en su momento más álgido, el conflicto exacerbado... En sentido figurado y a fin de cuentas, una “guerra abierta”, una “guerra declarada”... Como tal, contrapuesta a los medios de solución pacífica de los conflictos de trabajo⁽¹⁹⁾.

A continuación, relievamos los medios de solución de los conflictos colectivos de trabajo: en primer lugar, de los económicos (o de intereses o de revisión); en segundo lugar, de los jurídicos (o de derecho o de aplicación).

IV. MEDIOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS

1. Medios de solución de los conflictos colectivos económicos

Primeramente, los medios de solución de los conflictos colectivos económicos –negociación directa, conciliación, mediación y arbitraje– tienen, en nuestro país, base constitucional.

En efecto, el artículo 28 inciso 2 de la Constitución prescribe: “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: [...] 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales [...]”.

En consecuencia, la propia Constitución faculta la autorregulación de las partes envueltas en un conflicto colectivo económico y las autoriza a elegir los medios para solucionarlos.

Ahora bien, los medios de solución de los conflictos colectivos económicos están regulados principal y específicamente: respecto a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, por el Decreto Ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo⁽²⁰⁾, y el Reglamento⁽²¹⁾ de esta; respecto a las

(18) ERMIDA URIARTE apuntaba: “() una vez desencadenada, la huelga es un conflicto. La huelga es el típico conflicto colectivo del trabajo. El más típico de todos, y el más grave; puede haber muchos otros conflictos, pero cuando hablamos de los conflictos del trabajo, casi siempre estamos hablando de la huelga; ella es, sin duda, un conflicto colectivo, el principal de los conflictos colectivos” (ibíd., p. 16).

(19) El artículo 68 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo es asaz elocuente: “Cuando una huelga se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o derive en actos de violencia, o de cualquier manera, asuma características graves por su magnitud o consecuencias, la autoridad administrativa promoverá el arreglo directo u otras formas de solución pacífica del conflicto ()”.

(20) En adelante y para referirnos a la “Ley de Relaciones de Trabajo”, usamos las siglas LRCT. En el texto, cualquier alusión a ella corresponde al “Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”, aprobado por el Decreto Supremo 10-2003-TR del 30 de setiembre de 2003.

(21) Decreto Supremo 11-92-TR del 14 de octubre de 1992 (corregido por dos fe de erratas, publicadas los

personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado comprendidas en la Ley 30057, Ley del Servicio Civil⁽²²⁾, por esta⁽²³⁾ y su Reglamento⁽²⁴⁾. En ambos casos y especialmente con relación al arbitraje y de manera supletoria, por el Decreto Legislativo 1071⁽²⁵⁾.

En este ámbito, no juzgamos imperativamente aplicables la Ley de Conciliación⁽²⁶⁾ y su Reglamento⁽²⁷⁾: primero, debido al carácter especial que reviste la LRCT frente al carácter general que tiene la Ley de Conciliación; y segundo, porque la Ley de Conciliación y su Reglamento fijan intrínsecamente el “marco normativo de la conciliación extrajudicial”⁽²⁸⁾ —y como ya tenemos dicho, la legislación peruana no prevé la solución judicial de los conflictos colectivos económicos—⁽²⁹⁾.

Al margen de cuál sea el medio utilizado, deben observarse ciertos principios y el derecho de información.

días 24 y 28 de octubre de 1992) y normas modificatorias (Decretos Supremos 9-93-TR del 7 de octubre de 1993, 13-2006-TR del 7 de julio de 2006, 14-2007-TR del 28 de junio de 2007, 24-2007-TR del 27 de octubre de 2007 y 14-2011-TR del 16 de setiembre de 2011). En adelante y para referirnos a aquel, usamos simplemente la palabra “Reglamento”.

- (22) En adelante y para referirnos a la “Ley del Servicio Civil”, usamos las siglas LSC. Se ha cuestionado su constitucionalidad.
- (23) Respecto a las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado, sin embargo, “se aplica supletoriamente lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo () en lo que no se oponga a lo establecido en la presente Ley [del Servicio Civil]” [Ley 30057, Ley del Servicio Civil, art. 40 (segundo párrafo)].
- (24) Aprobado por el Decreto Supremo 40-2014-PCM del 11 de junio de 2014.
- (25) El artículo 4 de la Resolución Ministerial 284-2011-TR del 23 de setiembre de 2011 dispone expresamente: “Aplicación supletoria en el procedimiento arbitral. En el arbitraje de negociaciones colectivas es aplicable supletoriamente el Decreto Legislativo N° 1071 Norma que regula el arbitraje, y sus normas modificatorias, en lo que resulten aplicables con su naturaleza”. Por su parte, el artículo 77 del Reglamento de la LSC señala explícitamente: “Aplicación supletoria de normas sobre arbitraje: Las disposiciones del Decreto Legislativo No 10761 y las normas sobre arbitraje contenidas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2003-TR y e su Reglamento se aplican según su naturaleza de manera supletoria y complementaria en aquello no previsto en la Ley N° 30057 y en este reglamento, y siempre que aquellas no se opongan al sentido de lo establecido en el presente Reglamento”.
- (26) Ley 26872, modificada por el Decreto Legislativo 1070 y la Ley 29876.
- (27) Aprobado por el Decreto Supremo 14-2008-JUS del 29 de agosto de 2008, modificado por el Decreto Supremo 6-2010-JUS del 5 de mayo de 2010.
- (28) Decreto Legislativo 1070, tercer párrafo de la fórmula introductoria utilizada para su promulgación.
- (29) En línea con lo planteado en este párrafo, adviértase que la Ley de Conciliación regula claramente una conciliación dirigida a evitar reclamaciones judiciales: institucionaliza y desarrolla la conciliación como “mecanismo alternativo de solución de conflictos” (art. 1), pero refiere expresamente el acudimiento de las partes “ante un Centro de Conciliación Extrajudicial a fin [de] que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto” (art. 5); crea un procedimiento conciliatorio que “se realiza de modo independiente de aquel que regula el Código Procesal Civil” (Ley de Conciliación, sétima disposición complementaria y final), instaurado este como una fase de un proceso judicial; y define precisamente el “principio de economía”, merced al cual dicho procedimiento “está orientado a que las partes ahorren tiempo y costos que les demandaría involucrarse en un proceso judicial” (Reglamento de la Ley de Conciliación, art. 2 inciso i).

Por un lado, interesan la simplicidad y la flexibilidad: los procedimientos a seguir para solucionar los conflictos colectivos económicos deben ser llanos y dúctiles⁽³⁰⁾. Por otro lado, informan, inspiran u orientan tales procedimientos, los principios de oralidad, sencillez, celeridad, inmediatez y lealtad⁽³¹⁾. Como sostenía Plá Rodríguez, “es en la decisión de estos litigios donde se pueden observar todos los principios típicos del derecho procesal del trabajo, distintos y en algunos caso antagónicos de los que rigen en el derecho procesal común”⁽³²⁾.

Acaso identificado con la lealtad, importa igualmente la buena fe⁽³³⁾. Sobre el principio de la buena fe, destacamos su singular importancia en cualquier intento de solución de los conflictos colectivos económicos o en todo proceso encaminado a tal fin. En esta línea, la legislación alude a la “mala fe” que tiene por efecto “dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo”⁽³⁴⁾ y ha reglamentado, a título meramente ejemplificativo, los hechos o sucesos que la constituyen⁽³⁵⁾.

(30) Respecto a la conciliación: LRCT, art. 59 (segundo párrafo); Reglamento de la LSC, art. 72 (sexto párrafo).

(31) Respecto al arbitraje: LRCT, art. 64 (tercer párrafo); Reglamento, art. 55 (cuarto párrafo).

(32) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Curso..., cit., p. 17. También: PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Estudio preliminar..., cit., p. 13.

(33) LRCT, art. 54: “Las partes están obligadas a negociar de buena fe y a abstenerse de toda acción que pueda resultar lesiva a la contraria, sin menoscabo del derecho de huelga legítimamente ejercitado”.

(34) Reglamento, art. 61-A.

(35) El artículo 1 de la Resolución Ministerial 284-2011-TR del 23 de setiembre de 2011 establece:

- Actos de mala fe en la negociación.
- Las partes están obligadas a negociar de buena fe y a abstenerse de toda acción que pueda resultar lesiva a la parte contraria, sin menoscabo del derecho de huelga legítimamente ejercitado.
- Constituyen actos de mala fe en la negociación colectiva, los siguientes:
 - a) Negarse a recibir el pliego que contiene el proyecto de convenio colectivo de la contraparte, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable. Asimismo, la negativa a recibirlo a través de la Autoridad Administrativa de Trabajo;
 - b) Negarse a proporcionar la información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinentes de la empresa en la medida en que la entrega de tal información no sea perjudicial para esta;
 - c) Negarse a entregar la información acordada por las partes o precisada por la Autoridad Administrativa de Trabajo;
 - d) No guardar reserva absoluta sobre la información recibida siempre que la misma no sea de carácter público;
 - e) Negarse a recibir a los representantes de los trabajadores o a negociar en los plazos y oportunidades establecidas en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento;
 - f) Ejercer presión para obtener el reemplazo de los integrantes de la representación de los trabajadores o del empleador;
 - g) Ejercer fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante el procedimiento de negociación colectiva;
 - h) Los actos de hostilidad ejercidos contra los representantes de los trabajadores o los trabajadores afiliados al sindicato;
 - i) El incumplimiento injustificado de las condiciones acordadas por las partes para facilitar la negociación;

El derecho de información es uno de los niveles de participación (al lado de la participación en la propiedad, en la gestión y en las utilidades) de los trabajadores y es singularmente primordial en toda negociación colectiva: ¿cómo puede una parte formular determinados planteamientos si desconoce o ignora las posibilidades de la otra?⁽³⁶⁾ En una negociación colectiva a nivel de empresa, por ejemplo, interesan principalmente el balance y el estado de ganancias y pérdidas del empleador.

Cuando de la negociación colectiva se trata y a tenor de la LRCT, la negociación directa, la conciliación –y eventualmente, la mediación– y el arbitraje operan durante aquella. En tal contexto, es motivo válido para la suspensión de la negociación colectiva en cualquiera de sus etapas (negociación directa, conciliación o mediación) e impedimento para el arbitraje, la realización de “modalidades irregulares” de huelga o el uso de violencia sobre personas o cosas⁽³⁷⁾.

j) Cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar, dilatar, entorpecer o hacer imposible la negociación colectiva;

k) Ejecutar actos de injerencia sindical, tales como intervenir activamente en la organización de un sindicato; ejercer presiones conducentes a que los trabajadores ingresen a un sindicato determinado; discriminar entre los diversos sindicatos existentes otorgando a unos y no a otros, injusta y arbitrariamente, facilidades o concesiones extracontractuales; o condicionar la contratación de un trabajador a la firma de una solicitud de afiliación a un sindicato o de una autorización de descuento de cuotas sindicales por planillas de remuneraciones; y,

l) Discriminar entre trabajadores con el fin exclusivo de incentivar o desestimar la afiliación o desafiliación sindical.

“Los actos de mala fe enunciados en los literales anteriores no constituyen una lista taxativa.

[...]”.

(36) El artículo 55 de la LRCT indica: “A petición de los representantes de los trabajadores, los empleadores deberán proporcionar la información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinente de la empresa, en la medida en que la entrega de tal información no sea perjudicial para esta. La información que ha de proporcionarse será determinada de común acuerdo entre las partes. De no haber acuerdo, la Autoridad de Trabajo precisará la información básica que deba ser facilitada para el mejor resultado de las negociaciones. Los trabajadores, sus representantes y asesores deberán guardar reserva absoluta sobre la información recibida, bajo apercibimiento de suspensión del derecho de información, sin perjuicio de las medidas disciplinarias y acciones legales a que hubiere lugar”. A su vez, el artículo 38 del Reglamento prescribe: “La información que ha de proporcionarse a la comisión negociadora conforme al artículo 55 de la Ley, podrá solicitarse dentro de los noventa (90) días naturales anteriores a la fecha de la caducidad de la convención vigente”. Según el artículo 24 inciso 9 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (aprobado por el Decreto Supremo 19-2006-TR del 28 de octubre de 2006), es infracción grave en materia de relaciones laborales “el incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la entrega a los representantes de los trabajadores de información sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinente de la empresa, durante el procedimiento de negociación colectiva”. A propósito de la presentación o entrega de la información precisada o requerida por la Autoridad Administrativa de Trabajo, interesa la Directiva 1-2007-MTPE/2/9.3: “Lineamientos para la presentación y revisión de la información económica, financiera y laboral en el procedimiento de negociación colectiva a nivel nacional”. En otro orden, los incisos b, c y d del artículo 1 de la Resolución Ministerial 284-2011-TR del 23 de setiembre de 2011 mencionan los incidentes constitutivos de “mala fe” vinculados al derecho de información (*vid.* nota anterior).

(37) LRCT, art. 69. De acuerdo con el artículo 81 de la misma LRCT, son “modalidades irregulares” de huelga: la paralización intempestiva, la paralización de zonas o secciones neurálgicas de la empresa, el trabajo a desgano o a ritmo lento o a reglamento, la reducción deliberada del rendimiento o cualquier

A) Negociación directa

La negociación directa consiste en los tratos orientados al logro de un convenio colectivo de trabajo, efectuados entre las propias partes sin participación de terceros. En tal contexto, son los mismos interesados quienes reflexionan, toman decisiones y componen sus desavenencias.

La LRCT y su Reglamento utilizan comúnmente la denominación “negociación directa”⁽³⁸⁾; no obstante, y coloquialmente, se la llama también “ajuste directo”, “arreglo directo” o (con mayor frecuencia) “trato directo”. Por su parte, la LSC y su Reglamento prefieren simplemente “negociaciones”⁽³⁹⁾ o “negociación”⁽⁴⁰⁾.

La negociación directa debe iniciarse en la oportunidad más próxima al surgimiento del conflicto o, en el marco de una negociación colectiva, inmediatamente después de presentado el pliego de peticiones (o de reclamos). Con relación a lo primero, porque cuanto más pronto se reúnan las partes a dialogar, más pronto –en principio– debe solucionarse el conflicto; con relación a lo segundo, porque cualquier demora en el comienzo de las conversaciones lesiona o perjudica la negociación colectiva y constituye –igualmente, en principio– “mala fe”⁽⁴¹⁾. Acerca de la negociación colectiva, concretamente, la LRCT indica que debe iniciarse dentro de diez días calendario “de presentado el pliego”⁽⁴²⁾. Sin embargo, nada impide que las partes, dentro o fuera de este plazo, puedan acordar el arranque de la negociación colectiva en fecha posterior. En cualquier caso, la LRCT y su Reglamento facultan a las partes a solucionar directamente sus desacuerdos en cualquier etapa o momento de la negociación colectiva⁽⁴³⁾.

La duración de la negociación directa depende de la voluntad de las partes. En la negociación colectiva de las personas que prestan servicios en las entidades

paralización en la que los trabajadores permanezcan en el centro de trabajo y la obstrucción del ingreso al centro de trabajo.

(38) LRCT, arts. 61, 70 y 75; Reglamento, arts. 46 y 48. De igual modo, la LRCT (art. 68) ha aludido también al “arreglo directo”.

(39) LSC, art. 44 inciso c.

(40) LSC, art. 45.1; Reglamento de la LSC, art. 72 (segundo párrafo).

(41) El artículo 1 inciso j de la Resolución Ministerial 284-2011-TR del 23 de setiembre de 2011 señala que constituye acto de mala fe en la negociación colectiva “cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar, dilatar, entorpecer o hacer imposible la negociación colectiva”.

(42) LRCT, art. 57 (primer párrafo).

(43) El artículo 60 de la LRCT dispone: “Las partes conservan en el curso de todo el procedimiento el derecho de reunirse, por propia iniciativa, o a indicación de la Autoridad de Trabajo, y de acordar lo que estimen adecuado. Asimismo, podrán recurrir a cualquier medio válido para la solución pacífica de la controversia”. Y respecto al arbitraje, el Reglamento manda: “En cualquier estado del procedimiento arbitral las partes podrán celebrar una convención colectiva de trabajo, poniéndole fin a la negociación colectiva, sin perjuicio de pagar las costas y honorarios asumidos en el compromiso arbitral”.

públicas comprendidas en la LSC, sin embargo, “el pliego de reclamos se presenta ante la entidad pública entre el 1 de noviembre y el 30 de enero del siguiente año”⁽⁴⁴⁾ y “las negociaciones deben efectuarse necesariamente hasta el último día del mes de febrero”⁽⁴⁵⁾. Hecha esta salvedad, la negociación directa se desarrolla según las partes decidan o quieran, es decir, “en los plazos y oportunidades que las partes acuerden”⁽⁴⁶⁾ y con “tantas reuniones como sean necesarias”⁽⁴⁷⁾; en claro contraste con la legislación anterior, que, a propósito de la negociación colectiva, prescribía un plazo máximo –apenas veinte días, prorrogables por no más de diez–⁽⁴⁸⁾. Además, los encuentros pueden realizarse antes, durante o después de la jornada laboral⁽⁴⁹⁾.

La legislación no ha previsto el lugar de la negociación directa. En consecuencia, las partes tienen la capacidad de convenir al respecto. En las negociaciones colectivas a nivel de empresa, por ejemplo, es usual que las partes se reúnan en un ambiente ad hoc ubicado en la sede o cualesquiera establecimientos del empleador, pese a que a veces opten por un lugar “neutral” –de estimar que hacerlo en el lugar de alguna de ellas acredita “debilidad” o aparece inconveniente a los efectos de una negociación libre y sin presiones–, a saber, las instalaciones de un centro de convenciones u hotel o sitios similares. En toda circunstancia, el lugar debe satisfacer condiciones ambientales (temperatura, luz, ventilación) y sanitarias aptas, y estar bien equipado (con computadoras, proyector, pizarra y tizas o rotuladores, teléfono, café e infusiones, alimentos para refrigerio, agua).

Naturalmente, las partes deben contar con las facultades necesarias para participar en la negociación, practicar los actos procesales pertinentes, suscribir cualesquiera acuerdos y la convención colectiva resultante⁽⁵⁰⁾.

A la primera junta de negociación (en la negociación colectiva) se la llama informalmente “acto de instalación”. En ella, las partes suelen saludarse protocolarmente y expresar sus deseos de concluirla célere y pacíficamente con la celebración de un convenio colectivo favorable a los intereses de cada cual, intercambian los instrumentos (“poderes”) donde constan la representación y facultades de los intervinientes, y fijan el cronograma de actividades y la mecánica a

(44) LSC, art. 44 inciso a.

(45) LSC, art. 44 inciso c.

(46) LRCT, art. 57 (primer párrafo); Reglamento, art. 40.

(47) Reglamento, art. 40.

(48) Decreto Supremo 6-71-TR del 29 de noviembre de 1971, arts. 19 y 22.

(49) LRCT, art. 57 (primer párrafo).

(50) LRCT, art. 49 (segundo párrafo).

seguir –particularmente, acerca de la presidencia o dirección de las sesiones o debates (asignada alternadamente a un representante de cada parte) y del tiempo de las intervenciones–. Incluso, algunas “reglas de conducta” (respeto mutuo y a terceros, proscripción de agravios e interrupciones, no uso de teléfonos celulares.

La LRCT faculta la participación de asesores en la negociación directa – en verdad, en todo el proceso de la negociación colectiva– pero prohíbe que ellos intervengan en asuntos ajenos al quehacer profesional o que sustituyan a las partes o decidan por estas. Fungen comúnmente como tales, abogados, economistas, contadores públicos y dirigentes de organizaciones sindicales de grado superior (confederaciones y federaciones)⁽⁵¹⁾. Las partes decidirán si los asesores ingresan a las reuniones o si esperan hasta ser llamados o invitados a hacerlo, y si se sientan a la mesa de diálogo o se ubican detrás de los negociadores. En ningún caso deben ser discriminados. Lejos de impedir o dañar la negociación –como acaso ocurre en algunas ocasiones–, los asesores deben coadyuvar al entendimiento de los interlocutores.

Aunque la LRCT impone la obligación de consignar en actas únicamente los acuerdos adoptados a la vez que reconoce la facultad de las partes de hacer constar en ellas los pedidos u ofertas que formulen⁽⁵²⁾, es práctica corriente levantar actas de todas las reuniones. Para evitar discusiones innecesarias sobre su contenido, y a falta de acuerdos, las partes se limitan a registrar en ellas el suceso, el día y la hora y el lugar del encuentro, la presencia de las partes y los asistentes, el término de aquel y la citación a una nueva sesión para la prosecución del coloquio –o de lo contrario, la ruptura de la negociación directa–. Son firmadas por los asistentes.

Cuando satisfactoria, la conclusión de la negociación directa pone término al conflicto e implica la suscripción de un acuerdo o pacto, en general, o de un convenio colectivo, en particular. De lo contrario, ella concluye por acuerdo de las partes –entre otras razones, por “desgaste” o porque perciben improbable el alcance de consensos– a tal efecto o por la sola determinación de una de ellas⁽⁵³⁾ –por lo general, debido a conductas que imputan a la otra–. De todos modos, las partes deben informar tal evento a la Autoridad Administrativa de Trabajo⁽⁵⁴⁾.

La negociación directa tiene diversas ventajas. En especial, parece la mejor

(51) LRCT, art. 50.

(52) LRCT, art. 57 (tercer párrafo).

(53) Reglamento, art. 40 (segunda parte).

(54) LRCT, art. 58 (primer párrafo).

forma de componer conflictos: ¿quién mejor que los propios interesados para conocer cabalmente la realidad que las vincula?; ¿qué mejor que las decisiones adoptadas por ellos mismos? Sea lo que fuere, es preferible el arreglo de las partes que las decisiones impuestas o implantadas por un tercero (la Autoridad Administrativa de Trabajo, un tribunal arbitral)⁽⁵⁵⁾. Sin duda, las partes deben actuar con madurez, y deponer sus enemistades o actitudes y procurar el concierto. Si bien “conversar no es pactar”⁽⁵⁶⁾, cuando existen buena voluntad hacia el otro y buena disposición para platicar, puede surgir la avenencia; aun en el momento menos imaginable o esperado. Desde otro punto de vista, la negociación directa es (debe serlo) flexible y, en idéntica línea, tiende a que las partes también lo sean –con alguna facilidad de adaptación a la voluntad o el sentir de la parte contraria, en beneficio de la empatía–. Cuando bien llevada, hace patente la consideración y el respeto mutuos (“te miro y te veo, te oigo y te escucho”), en favor de una gestión aún más idónea de las relaciones laborales. Igualmente, facilita el conocimiento y la comprensión de las pretensiones y posibilidades de las partes. Por todo ello, no creemos conveniente restringir su persistencia y soslayar las posibilidades de motivarla siempre.

Entre las desventajas de la negociación directa, advertimos que alguna de las partes puede decir lisamente “sigamos negociando...”, por fórmula para simular “apertura” en la negociación y como “estrategia” para cansar a la otra, desprestigiar a los negociadores contrarios, demorar el logro del convenio colectivo y hasta propugnar el auge del conflicto con miras a que un tercero (la autoridad u otro árbitro) lo resuelva. En verdad, la duración prolongada de la negociación directa no es razonable y frecuentemente genera la “escalada” del conflicto. En el entorno de la negociación colectiva, provoca que las negociaciones correspondientes a pliegos de peticiones de años posteriores se “monten”, “sobrepongan” o “traslapen” con la negociación retrasada⁽⁵⁷⁾. Por otro lado, la negociación directa no es

(55) “() las soluciones logradas de común acuerdo entre las partes son mucho más sólidas, más firmes, más durables, más fecundas que las soluciones impuestas por vía de autoridad. No importa el cuidado que se haya puesto en encontrar una solución equilibrada y ecuánime; nos interesa el acierto y la justicia con que se haya actuado; no cuenta mucho el poder persuasivo de los fundamentos de la solución impuesta. Lo que las partes sienten es que se les impone desde afuera una solución que ellos no aceptaron. La misma solución tiene muchas mayores posibilidades de triunfar en la práctica si ha contado desde el principio, en el período de su gestación, con el aporte, la colaboración, el asentimiento y la responsabilidad de cada una de las partes. Si ambas partes contribuyen entre las dos a forjar una solución, se van a sentir más solidarias con ella y van a procurar cumplirla con mayor entusiasmo, lealtad y fidelidad a su espíritu. Buscarán que camine en los hechos y que se alcancen los propósitos perseguidos” (PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Curso...*, cit., pp. 32-33. También: PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Estudio preliminar...*, cit., p. 23).

(56) Frase atribuida al político peruano Ramiro Prialé. Cfr. VIVAS, Fernando, “Ramiro Prialé: la historia de “Conversar no es pactar”, en [el diario] “El Comercio”, Lima, 19 de julio de 2015.

(57) La convención colectiva de trabajo “rige durante el período que acuerden las partes. A falta de acuerdo, su duración de es un (1) año” (LRCT, art. 43 inciso c). Respecto a las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado comprendidas en la LSC, “los acuerdos suscritos entre los representantes

inmune a la manipulación u otras actitudes malsanas de las partes. Y cuando mal seguida, afecta la autoridad y el liderazgo de los negociadores.

B) CONCILIACIÓN

La conciliación admite una quintuple acepción: es un medio de solución de conflictos, en el que las partes acuden a un tercero –el conciliador– para que las auxilie en el arreglo equitativo de sus diferencias; una etapa del proceso de negociación colectiva; un acto o diligencia procesal, que se produce cada vez que las partes comparecen ante el tercero en búsqueda del ajuste; la función que desempeña tal tercero; y el acuerdo mismo al que arriban las partes.

La denominación utilizada normalmente es “conciliación”⁽⁵⁸⁾, si bien la LRCT y su Reglamento emplean las de o aluden a “etapa de conciliación”⁽⁵⁹⁾, “procedimiento de conciliación”⁽⁶⁰⁾, “reuniones de conciliación”⁽⁶¹⁾, “función conciliatoria”⁽⁶²⁾ o “función de conciliación”⁽⁶³⁾, y “acuerdo en conciliación”⁽⁶⁴⁾, según reparen en los distintos aspectos que aquella admite. Por lo que toca a la LSC y su Reglamento, optan por “mecanismos de conciliación”⁽⁶⁵⁾, “procedimiento de conciliación”⁽⁶⁶⁾, “función conciliatoria”⁽⁶⁷⁾ y “etapa de conciliación”⁽⁶⁸⁾. Antiguamente y como etapa del proceso de negociación colectiva, se la llamó asimismo “junta de conciliación”⁽⁶⁹⁾.

En la conciliación, el conciliador actúa como “amigable componedor”, una suerte de ‘facilitador’ u “orientador” que promueve activamente el entendimiento

de la entidad pública y de los servidores civiles tienen un plazo de vigencia no menor de dos (2) años y surten efecto obligatoriamente a partir del 1 de enero del ejercicio siguiente. Similar regla se aplica a los laudos arbitrales” (LSC, art. 44 inc. d). El artículo 73 del Reglamento de la LSC complementa esta disposición: “Los convenios colectivos tienen una vigencia de dos (02) años que se inicia el 1 de enero del año inmediato siguiente a que se llegue a acuerdo en la negociación, siempre que esta no tenga efecto presupuestal o que teniéndolo pueda ser asumido por la entidad. Si el acuerdo se produjera luego del quince (15) de junio y el efecto presupuestal no pudiera ser asumido por la entidad, el acuerdo registrará en el período presupuestal subsiguiente”.

(58) LRCT, arts. 49 (segundo párrafo), 61 y 70; Reglamento, art. 46.

(59) Reglamento, art. 41.

(60) LRCT, arts. 58 (primer párrafo) y 59 (segundo párrafo); Reglamento, art. 41.

(61) LRCT, art. 59 (tercer párrafo); Reglamento, art. 41.

(62) LRCT, art. 59 (primer párrafo).

(63) Reglamento, art. 44.

(64) LRCT, art. 70.

(65) LSC, art. 44 inciso c.

(66) Reglamento de la LSC, art. 72 (quinto y sexto párrafos).

(67) Reglamento de la LSC, art. 72 (quinto párrafo).

(68) Reglamento de la LSC, art. 74.

(69) Decreto Supremo 6-71-TR del 29 de noviembre de 1971, arts. 13, 23 y siguientes.

de las partes⁽⁷⁰⁾. Como dice Emilio Morgado Valenzuela, “el conciliador es un ‘facilitador’, un procurador de arreglos. No le corresponde solucionar por sí mismo el conflicto sino que velar porque las partes puedan solucionarlo. Para ello, se reúne con las partes, en forma conjunta o separada, efectúa las aclaraciones y formula las opiniones que las partes solicitan; vela porque las reuniones tengan lugar en forma apropiada; fomenta entre las partes el ánimo que favorezca el compromiso y las recíprocas concesiones; toma nota de los acuerdos, a medida que se logren, y participa en la preparación del documento final que da cuenta de lo convenido entre las partes. En resumen, es una especie de director de orquesta, que no asume los papeles ni las funciones de los concertistas”⁽⁷¹⁾. Desde otro punto de vista y con relación a cada parte, el conciliador es también un “negociador”: proyecta “venderles” un “producto” llamado “acuerdo”, aunque “elaborado” por ellas.

El desempeño de esta “función conciliatoria” compete a diferentes órganos: básicamente, al Estado⁽⁷²⁾ (“conciliación pública”⁽⁷³⁾); pero —cuando se trata de la negociación colectiva de trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada— también a entidades privadas o cualesquiera particulares (“conciliación privada”⁽⁷⁴⁾), si las partes así lo pactan⁽⁷⁵⁾. Por cuanto concierne al Estado, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) y los gobiernos regionales cumplen tal función mediante las oficinas, reparticiones o dependencias a cargo de las negociaciones colectivas y el personal de estas⁽⁷⁶⁾. Cuando de entidades

(70) LRCT, art. 59 (segundo párrafo) y Reglamento de la LSC, art. 72 (sexto párrafo): “[] debiendo el conciliador desempeñar un papel activo en la promoción del avenimiento entre las partes”.

(71) MORGADO VALENZUELA, Emilio, *op. cit.*, p. 251.

(72) Reglamento de la LSC, art. 72 (quinto párrafo): “La función conciliatoria estará a cargo de un cuerpo técnico especializado y calificado de la Autoridad Administrativa de Trabajo”.

(73) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Curso...*, *cit.*, p. 29. También: PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Estudio preliminar...*, *cit.*, p. 20.

(74) *Cfr.* lugares citados.

(75) LRCT, art. 59 (primer párrafo): “La función conciliatoria estará a cargo de un cuerpo técnico especializado y calificado del Ministerio de Trabajo y Promoción Social [antigua denominación del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo], pudiendo las partes, sin embargo, si así lo acuerdan, encomendársela a personas privadas, caso en el cual deberán remitir a la Autoridad de Trabajo copia de las actas que se levanten”.

(76) Según la Ley 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el MTPE “ejerce competencias compartidas con los gobiernos regionales en materia de trabajo y promoción del empleo” (art. 6.1). En tal virtud y en el marco de sus competencias, el MTPE comparte con los gobiernos regionales las funciones de “establecer normas, lineamientos, mecanismos y procedimientos, en el ámbito nacional, que permitan la prevención y solución de conflictos laborales” y “promover espacios nacionales y regionales de diálogo social y concertación laboral entre los actores más representativos de la sociedad peruana, y mecanismos que permitan la prevención y solución de conflictos laborales” (art. 8.2, incisos c y f). A su vez, el Decreto Supremo 17-2012-TR del 31 de octubre de 2012 determina las competencias territoriales del gobierno nacional (art. 3) y de los gobiernos regionales (art. 2) tocantes, entre otros asuntos, al inicio y trámite de la negociación colectiva. Y según el artículo 44 del Reglamento, el “cuerpo técnico calificado” del MTPE “que tenga a su cargo la función de conciliación y/o mediación, estará integrado, en función a las necesidades del servicio, por especialistas de diversas áreas, nombrados o contratados de dicho Sector”.

privadas se trata, corresponde tomar en cuenta a los “centros de conciliación”⁽⁷⁷⁾; sin embargo, no conocemos casos en los cuales las partes hayan pactado confiar la conciliación del conflicto a “entidades privadas”, en general, o a “centros de conciliación”, en particular. Ciertamente, nada impide que la “función conciliatoria” esté en manos de cualesquiera personas (profesionales o no, “acreditadas” o “habilitadas” o “registradas” o no) por delegación de las partes: si de solucionar conflictos colectivos económicos se trata, la autonomía de la voluntad de las partes involucradas respecto a la designación de un conciliador “sin cargo oficial” debe prevalecer⁽⁷⁸⁾; ello no obstante, tampoco conocemos la existencia de situaciones semejantes.

La LRCT y su Reglamento no han previsto quién paga los honorarios del conciliador cuando las partes han convenido encomendar la función conciliatoria a entidades privadas o cualesquiera particulares. En tal supuesto, el pago debiera correr por cuenta de ambas partes por mitades.

En nuestro país, no existen “juntas”, “tribunales” o cualesquiera “órganos colegiados” de conciliación. En tal virtud, las reuniones de conciliación están siempre a cargo de un conciliador único.

Suele hablarse de conciliación obligatoria y de conciliación voluntaria, aunque mejor debiera distinguirse entre procedimiento obligatorio y procedimiento

(77) Los “centros de conciliación” están regulados por la Ley de Conciliación (Ley 26872, modificada por el Decreto Legislativo 1070 y la Ley 29876; arts. 24 y siguientes.) y su Reglamento (Decreto Supremo 14-2008-JUS, modificado por el Decreto Supremo 6-2010-JUS; arts. 46 y siguientes). El artículo 24 de aquella dispone: “Los Centros de Conciliación son entidades que tienen por objeto ejercer función conciliadora de conformidad con la Ley. Pueden constituir Centros de Conciliación las personas jurídicas de derecho público o privado sin fines de lucro, que tengan entre su finalidad el ejercicio de la función conciliadora. El Ministerio de Justicia autorizará el funcionamiento de Centros de Conciliación Privados únicamente en locales que reúnan las condiciones adecuadas para garantizar la calidad e idoneidad del servicio conciliatorio ()”; y el artículo 46 de su Reglamento prescribe: “Los Centros de Conciliación son entidades que tienen por objeto ejercer la función conciliadora de conformidad con la Ley y Reglamento. Para dichos efectos el Minjus [Ministerio de Justicia] a través de la DCMA [Dirección de Conciliación Extrajudicial y Medios Alternativos de Solución de Conflictos del Ministerio de Justicia] podrá autorizar a las personas jurídicas de derecho público o privado, sin fines de lucro, para que funcionen como Centros de Conciliación, debiendo tener o haber incorporado dentro de sus fines el ejercicio de la función conciliadora”. El Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por ejemplo, brinda, entre otros, el servicio de conciliación.

(78) Esto, aun cuando el artículo 20 de la Ley de Conciliación establezca que “el conciliador es la persona capacitada, acreditada y autorizada por el Ministerio de Justicia, para ejercer la función conciliadora”, que “en materia laboral se requiere que el Conciliador encargado del procedimiento conciliatorio cuente con la debida especialización, acreditación y autorización expedida por el Ministerio de Justicia” y que “para el ejercicio de la función conciliadora se requiere estar adscrito ante un Centro de Conciliación autorizado [por el Ministerio de Justicia] y tener vigente la habilitación en el Registro de Conciliadores del Ministerio de Justicia”; y su Reglamento precise que “la conciliación se ejerce exclusivamente a través de los Centros de Conciliación” (art. 25, primer párrafo). En los conflictos colectivos económicos, la participación de trabajadores agrupados y organizados permite restituir el equilibrio entre las partes y compensar la desigualdad inherente a la relación individual de trabajo.

voluntario de conciliación: en rigor, puede implantarse un procedimiento conciliatorio pero no compelerse a un acuerdo conciliatorio⁽⁷⁹⁾. En la “conciliación obligatoria”, el procedimiento de conciliación viene impuesto normativamente (por la legislación, un convenio colectivo o una norma interna adoptada unilateralmente por la parte empleadora) o por un mandato administrativo como un trámite forzoso a seguir con vistas a la composición de cualesquiera conflictos; en la “conciliación voluntaria”, el procedimiento de conciliación a igual efecto dimana de la voluntad de (ambas o de una de) las partes. Conforme a la LRCT, el procedimiento de conciliación es opcional; sin embargo, la Autoridad Administrativa de Trabajo puede impulsarlo por iniciativa propia en determinadas circunstancias⁽⁸⁰⁾.

Cuando elegido y de manera bastante elástica, este procedimiento está regulado por la legislación⁽⁸¹⁾.

¿Cuál es la oportunidad para el inicio de la etapa conciliatoria? En el marco de una negociación colectiva, el procedimiento de conciliación debe emprenderse al término de la negociación directa⁽⁸²⁾.

Como ocurre con la negociación directa, la duración de la conciliación es la que las partes decidan o quieran. En la negociación colectiva de las personas que prestan servicios en las entidades públicas comprendidas en la LSC, empero, “si no se llegara a un acuerdo, las partes pueden utilizar los mecanismos de conciliación hasta el 31 de marzo”⁽⁸³⁾. Hecha esta aclaración, “se realizarán tantas reuniones de conciliación como sean necesarias”⁽⁸⁴⁾, pero “siempre y cuando exista la voluntad de las partes de llevarlas a cabo”⁽⁸⁵⁾. Antiguamente, el plazo máximo en las negociaciones colectivas era bastante corto: ocho días⁽⁸⁶⁾.

(79) A decir de Plá Rodríguez, “pueden distinguirse las [conciliaciones] obligatorias y las facultativas. Las primeras son preceptivas en cuanto no puede iniciarse ningún trámite o procedimiento jurídico o fáctico sin antes haber llenado este requisito. Las segundas son las que resuelven voluntaria y libremente las partes. Resulta obvio aclarar que lo obligatorio es intentar la conciliación pero no conciliarse ya que el acuerdo entre dos partes discrepantes no puede imponerse preceptivamente. La obligación del intento de conciliación arrastra la obligación correlativa de la otra parte de comparecer ante el órgano conciliador. Es o que Deveali llama obligación de tratar” (PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Curso...*, cit., p. 29. También: PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Estudo preliminar...*, cit., p. 20).

(80) LRCT, art. 58: “Las partes informarán a la Autoridad de Trabajo de la terminación de la negociación, pudiendo simultáneamente solicitar el inicio de un procedimiento de conciliación. Si ninguna de las partes lo solicitara, la Autoridad de Trabajo podrá iniciar dicho procedimiento de oficio, si lo estimare necesario o conveniente, en atención a las características del caso”.

(81) LRCT, art. 59 (segundo párrafo): “() el procedimiento de conciliación deberá caracterizarse por la flexibilidad y la simplicidad en su desarrollo ()”.

(82) *Vid.* nota anterior.

(83) LSC, art. 44 inciso c.

(84) LRCT, art. 59 (tercer párrafo); Reglamento, art. 41.

(85) Reglamento, art. 41.

(86) Decreto Supremo 6-71-TR del 29 de noviembre de 1971, art. 29.

El lugar donde se efectúan las reuniones de conciliación es normalmente el de las oficinas de la Autoridad Administrativa de Trabajo: la sede del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en Lima) o la de las Direcciones Regionales de Trabajo (en lugares distintos a Lima). De haber elegido las partes un centro de conciliación, las actuaciones deben llevarse a cabo exclusivamente en sus instalaciones⁽⁸⁷⁾; de haber escogido a cualquier particular como conciliador, las diligencias podrán realizarse en las de este, en las de las partes (acaso alternadamente) o en cualquier otro sitio (“neutral”).

Las partes deben tener las facultades de participar en la conciliación, practicar todos los actos procesales propios de esta, suscribir cualquier acuerdo y, en su momento, la convención colectiva de trabajo⁽⁸⁸⁾. En las diligencias de conciliación, también pueden participar e intervenir los asesores de las partes⁽⁸⁹⁾.

Obviamente, debe levantarse actas de lo tratado en las reuniones de conciliación. Se acostumbra dejar constancia en ellas sobre el día, la hora y el lugar de la reunión; la presencia de las partes y el nombre de los representantes de las partes y demás asistentes; los acuerdos tomados y (a veces) los puntos no conciliados; cualesquiera incidencias; y la convocatoria a una nueva junta o el término de la etapa conciliatoria. Se elaboran por triplicado (se entrega un ejemplar a cada parte y el otro se agrega al expediente administrativo de la negociación colectiva) y deben ser firmadas por todos. En las negociaciones colectivas a nivel de empresa y en el acta de la primera sesión, se incluye también una breve referencia sobre la actividad del empleador, el número de trabajadores de la empresa, el número de trabajadores afiliados al sindicato involucrado en la negociación, el número de reuniones realizadas en negociación directa, el número de pliegos de peticiones presentados—incluido el de la negociación colectiva en trámite—y las últimas propuestas planteada por las partes respecto al aumento general de remuneraciones.

La conclusión del procedimiento de conciliación es exitosa cuando las partes ponen término al conflicto y suscriben un acuerdo conciliatorio o convenio colectivo razonablemente justos⁽⁹⁰⁾; en tal caso, los acuerdos “tienen la misma naturaleza y surten idénticos efectos que las convenciones [colectivas] adoptadas en negociación directa”⁽⁹¹⁾. O aquella se produce, insatisfactoriamente, debido a la

(87) Reglamento de la Ley de Conciliación, art. 56 inciso 34.

(88) LRCT, art. 49 (segundo párrafo).

(89) LRCT, art. 50.

(90) Cfr. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Curso...*, cit., p. 32. También: PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Estudio preliminar...*, cit., p. 22.

(91) LRCT, art. 70.

inasistencia de una de las partes a una reunión de conciliación —en la práctica, sin embargo, el conciliador, por propia resolución o en atención al pedido de la que está presente, las cita nuevamente—, o cuando las partes asistentes decidan tal conclusión (con miras a someter el diferendo a arbitraje⁽⁹²⁾) o una de ellas así lo determine⁽⁹³⁾ (con vistas a la interposición de un arbitraje potestativo por cualquiera de las partes⁽⁹⁴⁾ o a la declaración de huelga por los trabajadores⁽⁹⁵⁾).

La conciliación presenta algunas ventajas. Al utilizarla, las partes muestran su disposición a preservar el diálogo, aun cuando asistidos por un conciliador, y evitan, entonces, el conflicto abierto. Con el buen ánimo y el esfuerzo de ellas, y la ayuda e intervención del conciliador, pueden surgir ideas creativas dirigidas a solucionar pacíficamente el conflicto⁽⁹⁶⁾. Las partes se ven impelidas a aproximarse y reconciliarse. Pueden, pues, lograr un acuerdo. Y si no lo logran, “su práctica constituye una virtual ‘pedagogía’ del diálogo, cuyos efectos a mediano o largo plazo son de indudable valor”⁽⁹⁷⁾. Cuando tramitada ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, la conciliación es gratuita.

De todos modos, y como relievaba Plá Rodríguez, “la conciliación no debe buscar la paz a cualquier precio, sino solo dentro del marco de la Ley y de acuerdo a consideraciones de razonabilidad y justicia. El conciliador no debe actuar mecánicamente sino criteriosamente. No debe limitarse a medir la distancia entre las posiciones de las partes para cortar por la mitad la diferencia, sino buscar soluciones que parezcan adecuadas a las circunstancias del caso, introduciendo elementos ponderativos y descartando renunciaciones de derechos irrenunciables”⁽⁹⁸⁾.

Sin embargo, la conciliación tiene también desventajas. De alguna forma, la recurrencia a la conciliación muestra que las partes son “incapaces” de solucionar ellas solas sus diferencias; por eso mismo, puede entenderse como un (relativo) fracaso de las partes en la solución directa, por sí mismas y ante ellas mismas, de sus diferencias. Además, hace que el tercero (conciliador) conozca las “intimidaciones” de las partes en conflicto. Una gestión inadecuada de la conciliación, proveniente

(92) LRCT, art. 61.

(93) Reglamento, art. 41 (segunda parte).

(94) LRCT, art. 61; Reglamento, arts. 46 y 61-A. Reglamento de la LSC, art. 74.

(95) LRCT, art. 62.

(96) En cierto modo y como apunta WALKER ERRÁZURIZ, “la conciliación es el arte de ayudar a los trabajadores y empleadores para establecer una forma de acuerdo mutuo. Las funciones del conciliador consisten, pues, en crear una atmósfera que les induzca a la negociación colectiva” (WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, *op. cit.*, p. 568).

(97) MORGADO VALENZUELA, Emilio, *op. cit.*, p. 252.

(98) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Curso...*, *cit.*, p. 32. También: PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Estudio preliminar...*, *cit.*, p. 22.

del órgano interviniente o de ambas partes o de una de ellas, puede ocasionar la “escalada” del conflicto. Cuando ambas partes o una de ellas no tienen realmente ánimo de solucionar el conflicto, la conciliación es una pérdida de tiempo.

C) MEDIACIÓN

A diferencia de como ocurre en la conciliación, en la mediación el tercero no se limita únicamente a tratar de lograr el avenimiento de las partes sino también sugiere al efecto fórmulas de arreglo, que las partes pueden o no aceptar.

En tal virtud, podemos afirmar que la mediación es un modo de solución de conflictos más “intenso”⁽⁹⁹⁾ o “acentuado”⁽¹⁰⁰⁾ que la conciliación, una especie de “conciliación asistida”.

En la mediación, pues, las partes “trasladan” al mediador la “creatividad” de la solución práctica del conflicto.

Como denominación, la LRCT y su Reglamento usan la palabra “mediación”⁽¹⁰¹⁾, pero también aluden al “procedimiento de mediación”⁽¹⁰²⁾, a la “audiencia de mediación”⁽¹⁰³⁾ y a la “función de mediación”⁽¹⁰⁴⁾. La LSC alude también a “mecanismos de mediación”⁽¹⁰⁵⁾.

Obviamente, tanto la LRCT y su Reglamento como el Reglamento de la LSC mencionan la figura del mediador⁽¹⁰⁶⁾.

Si las partes lo autorizan, el conciliador puede actuar como mediador: al efecto y “en el momento que lo considere oportuno, presentará una o más propuestas

(99) Mario L. DEVEALI, *cit.* por PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Curso...*, *cit.*, p. 31. También: PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Estudio preliminar...*, *cit.*, p. 22. Así, “el mediador, por lo general, no se limita a escuchar a las partes sino que puede exigir de ellas datos e informes y formular propuestas según su criterio. Actúa pues, a menudo, como un verdadero árbitro, con la sola diferencia de que sus propuestas no son obligatorias” (lugares citados).

(100) Arion Sayão ROMITA, *cit.* por PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Curso...*, *cit.*, pp. 31-32. También: PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Estudio preliminar...*, *loc. cit.* En efecto, “el mediador no se limita a exhortar a las partes a que armonicen sus puntos de vista sino que propone las bases del acuerdo, formula los términos de entendimiento e intenta convencer a los litigantes que lo acepten” (lugares citados). Pero “mientras la mediación se contenta con una composición cualquiera sin preocuparse de la justicia de ella, la conciliación aspira a una composición justa” (PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Curso...*, *cit.*, p. 32. También: PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Estudio preliminar...*, *loc. cit.*).

(101) LRCT, arts. 62 (segundo párrafo) y 70; Reglamento, arts. 44 y 45 (segundo párrafo).

(102) Reglamento, art. 45 (segundo párrafo).

(103) Reglamento, art. 42.

(104) Reglamento, art. 44.

(105) LSC, art. 45.1.

(106) LRCT, arts. 59 (segundo párrafo) y 62 (primer párrafo); Reglamento: arts. 42 y 45 (primer párrafo). Reglamento de la LSC, art. 72 (sexto párrafo).

de solución que las partes pueden aceptar o rechazar”⁽¹⁰⁷⁾.

De acuerdo con el Reglamento, el procedimiento de mediación es el siguiente: “El mediador desarrollará su gestión en el plazo que señalen las partes, o a falta de este en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, contados desde su designación. Al término de dicho plazo, si no se hubiera logrado acuerdo, el mediador convocará a las partes a una audiencia en la que estas deberán formular su última propuesta en forma de proyecto de convención colectiva. El mediador presentará una propuesta final de solución, la que de no ser aceptada por escrito por ambas partes dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, pondrá fin a su gestión”⁽¹⁰⁸⁾.

Durante el desarrollo de una huelga, las partes, de común acuerdo, o la Autoridad Administrativa de Trabajo, a falta de acuerdo, pueden designar un mediador cuya propuesta final, tras seguir igual procedimiento, se pone en conocimiento de las partes⁽¹⁰⁹⁾.

De cualquier modo, “las fórmulas de mediación, en caso de no ser aceptadas por las partes, no comprometerán las decisiones arbitrales ulteriores”⁽¹¹⁰⁾.

Los acuerdos adoptados en mediación “tienen la misma naturaleza y surten idénticos efectos que las convenciones [colectivas] adoptadas en negociación directa”⁽¹¹¹⁾.

Las ventajas y desventajas referidas acerca de la conciliación son asimismo pertinentes respecto a la mediación⁽¹¹²⁾.

D) ARBITRAJE

En el arbitraje, las partes recurren a un tercero para que solucione el conflicto mediante una decisión de obligatorio acatamiento⁽¹¹³⁾.

(107) LRCT, art. 59 (segundo párrafo). Reglamento de la LSC, art. 72 (sexto párrafo).

(108) Reglamento, art. 42.

(109) LRCT, art. 62 (primer párrafo); Reglamento, art. 45.

(110) LRCT, art. 62 (segundo párrafo).

(111) LRCT, art. 70.

(112) “La mediación participa de las ventajas de la conciliación y el arbitraje. De una parte, fomenta “con intensidad” el diálogo entre las partes y trata de conducirlos a la adopción de acuerdos. De otra parte, permite abreviar la duración de los conflictos, superando los desacuerdos existentes entre las partes. Tiene, también, indudables valores pedagógicos: acostumbra a las partes a la búsqueda intensa de acuerdos y a la formulación de fórmulas que aproximen sus intereses contrapuestos” (MORGADO VALENZUELA, Emilio, op. cit., p. 253).

(113) El Tribunal Constitucional peruano ha definido al arbitraje como “el acto de resolución extrajudicial de un conflicto laboral. El arbitraje laboral, en el ámbito privado, se logra cuando los actos de conciliación o mediación no han solucionado el conflicto. Dentro de ese contexto, los agentes negociadores deciden someter el diferendo a arbitraje” (fundamento 38 de la sentencia del Tribunal Constitucional del 12 de

A consecuencia de ello, y cuando atinente a conflictos colectivos económicos, el arbitraje apunta a la sustitución de acuerdos negociados por un laudo que el tercero estima idóneo para el arreglo⁽¹¹⁴⁾ y tiene función normativa⁽¹¹⁵⁾.

Así entendido, el arbitraje se diferencia de los otros medios de solución de los conflictos colectivos económicos: de la negociación directa, porque esta se da entre las propias partes sin intromisión de terceros; de la conciliación y la mediación, porque estas precisan la intervención de un tercero que nada decide—su función consiste solamente en procurar avenir a las partes, aun con base en los lineamientos que ellas mismas puedan sugerir y las que son, finalmente, quienes zanján el desencuentro mediante un pacto—.

La denominación corriente es “arbitraje”⁽¹¹⁶⁾, empero la LRCT y su Reglamento se sirven igualmente de las expresiones “proceso arbitral”⁽¹¹⁷⁾ y “procedimiento arbitral”⁽¹¹⁸⁾.

Pueden ser árbitros las personas naturales que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como tales. Salvo que las partes acuerden lo contrario, la nacionalidad de una persona no es obstáculo para que actúe como árbitro⁽¹¹⁹⁾. Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas⁽¹²⁰⁾.

agosto de 2005, dictada en el expediente N° 8-2005-PI/TC sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Juan José Gorriti y otros contra diversos artículos de la Ley 28175; en *Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral*, Lima, Palestra Editores, 2006, p. 301). Compartimos la opinión de Cecilia GUZMÁN-BARRÓN LEIDINGER, para quien la recurrencia al arbitraje solo en defecto de la solución del conflicto a través de la conciliación o la mediación “no puede ser aplicada a todos los conflictos laborales” sino incumbe, más bien, “al arbitraje regulado por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo” (GUZMÁN-BARRÓN LEIDINGER, Cecilia, *Arbitrabilidad del conflicto laboral*, en “Revista Peruana de Análisis, Prevención y Solución de Conflictos”, Lima, Centro de Análisis y Resolución de Conflictos - Pontificia Universidad Católica del Perú, año 1, N° 1, setiembre de 2007, p. 87).

(114) Cfr. GÓMEZ VALDEZ, Francisco, *La Ley Procesal del Trabajo. Análisis secuencial, doctrinario, jurisprudencial y comparado*, Lima, Editorial San marcos, 1998, p. 535.

(115) Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *op. cit.*, p. 177.

(116) LRCT, arts. 61, 63, 64, 69 y 73 inciso d; Reglamento, arts. 46 (primer párrafo), 47, 49 (primer párrafo), 51 (primer párrafo) y 80. Reglamento de la LSC, arts. 74, 75 (primer y sexto párrafos) y 77.

(117) Reglamento, art. 54 (primer párrafo). También: Reglamento de la LSC, art. 74.

(118) Reglamento, arts. 47 (segundo párrafo), 55 (primer párrafo), 56, 60 y 61.

(119) Decreto Legislativo 1071, art. 20.

(120) Resolución Ministerial 331-2011-TR del 16 de diciembre de 2011, art. 2; Decreto Legislativo 1071, art. 21. Al respecto, “en ningún caso podrán ser árbitros los abogados, asesores, representantes, apoderados o, en general, las personas que tengan relación con las partes o interés, directo o indirecto, en el resultado”; y “en ningún caso podrán ser árbitros en negociaciones colectivas con entidades y empresas del Estado sujetas al régimen laboral de la actividad privada, los funcionarios o servidores públicos” (Resolución Ministerial 331-2011-TR del 16 de diciembre de 2011, art. 3 incisos c y d).

Los árbitros deben estar inscritos en el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas, a cargo de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo; y para actuar en negociaciones colectivas, deben contar con “registro hábil”⁽¹²¹⁾. Para arbitrar en negociaciones colectivas de entidades y empresas del Estado sujetas al régimen laboral de la actividad privada, los árbitros, además, deben haber culminado un “Curso de capacitación sobre negociación colectiva en el sector público”⁽¹²²⁾.

Si consideramos los principios o reglas a seguir por el ente arbitral para el dictado de su pronunciamiento, distinguimos entre arbitraje de derecho y arbitraje de equidad. En el arbitraje de derecho, es imprescindible la aplicación de criterios y reglas jurídicas. En el arbitraje de equidad, también llamado arbitraje de conciencia o arbitraje de amigable composición, el conflicto se define según la justicia natural (no por la letra de una Ley positiva) y el sentimiento del deber o de la conciencia⁽¹²³⁾. Para mejor discernir entre ambas formas de arbitraje, puede ser útil evocar la derogada Ley 26572, Ley General de Arbitraje, que disponía: “El arbitraje puede ser de derecho o de conciencia. Es de derecho cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable. Es de conciencia cuando resuelven conforme a sus conocimientos y leal saber y entender”⁽¹²⁴⁾. Para la solución de los conflictos colectivos económicos y por la naturaleza de las cosas, pensamos que, en principio, mejor casa el arbitraje de equidad.

Así las cosas, y con relación a la negociación colectiva de las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado comprendidas en la LSC, “en el laudo, el Tribunal Arbitral podrá recoger la propuesta final de una de las partes o considerar una alternativa que recoja planteamientos de una y otra”⁽¹²⁵⁾.

Respecto a la negociación colectiva de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, la legislación peruana, sin embargo, ha optado por el llamado arbitraje de la “última oferta”, que reduce la aptitud decisoria de los árbitros a elegir, entre las propuestas finales de las dos partes, solo una de ellas (la que consideran útil para componer el conflicto), descartando enteramente la otra –un sistema conocido como *last o final offer position*, con un fallo “a todo o nada”⁽¹²⁶⁾—.

(121) Decreto Supremo 14-2011-TR del 16 de setiembre de 2011, art. 2; Resolución Ministerial 331-2011-TR del 16 de diciembre de 2011, art. 3 inciso a.

(122) Resolución Ministerial 284-2011-TR del 23 de setiembre de 2011, art. 3; Resolución Ministerial 331-2011-TR del 16 de diciembre de 2011, art. 3 inciso b.

(123) *Vid.* DRAE, voz *equidad*.

(124) Ley 26572, Ley General de Arbitraje, artículo 2 (primera parte).

(125) Reglamento de la LSC, art. 76.

(126) PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *op. cit.*, p. 187.

De todos modos, se faculta al árbitro a aminorar las posiciones desmesuradas, esto es, a coger íntegramente la propuesta de una de las partes, aunque puede cambiarla en aquello que advierta exagerado; tal cambio debe ser motivado⁽¹²⁷⁾.

Si apreciamos la voluntad de las partes en conflicto acerca de la recurrencia al arbitraje —no respecto al cumplimiento de la decisión del órgano arbitral, que siempre es forzoso—, separamos el arbitraje obligatorio del arbitraje facultativo⁽¹²⁸⁾. En el arbitraje obligatorio, el sometimiento del conflicto al arbitraje es impuesto por la Ley⁽¹²⁹⁾. En el arbitraje facultativo, la sujeción del conflicto al arbitraje es opcional (no obligatoria). Esta modalidad engloba, a su vez, otras dos, el arbitraje voluntario, cuando ambas partes convienen libremente pedir el arbitraje; y el arbitraje potestativo, también llamado arbitraje unilateralmente preceptivo⁽¹³⁰⁾, cuando la voluntad de una sola de las partes (con o sin expresión de causa) es suficiente para solicitarlo —o lo que es lo mismo, cuando cualquiera de las partes decide recurrir al arbitraje y lleva tras sí a la otra—⁽¹³¹⁾.

(127) El artículo 65 de la LRCT (primer y segundo párrafos) ordena: “El laudo no podrá establecer una solución distinta a las propuestas finales de las partes ni combinar planteamientos de una y otra. El laudo recogerá en su integridad la propuesta final de una de las partes. Sin embargo, por su naturaleza de fallo de equidad, podrá atenuar posiciones extremas”. Y consecuentemente, el artículo 57 (primer párrafo) del Reglamento señala que “cuando por razones de equidad se hubiere estimado necesario atenuar algún aspecto de la propuesta elegida, por considerarlo extremo, () el árbitro o el Tribunal deberá precisar en el laudo en qué consiste la modificación o modificaciones y las razones que ha tenido para adoptarla”. Ello no obstante, esta regla “no se aplicará cuando solo exista una propuesta final presentada, pudiendo el Tribunal arbitral establecer una solución final distinta” [Reglamento, art. 61-A (quinto párrafo *in fine*)].

(128) A decir de Mario LÓPEZ LARRAVE, “aunque son muchos los puntos de vista desde los cuales puede clasificarse el arbitraje en el campo laboral, interesan fundamentalmente dos aspectos: el de la voluntariedad y el de la obligatoriedad” (LÓPEZ LARRAVE, Mario, *cit.* Por FRANCO LÓPEZ, César Landelino, *Derecho Sustantivo Colectivo del Trabajo*, Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix / Gustavo Lapola (editor responsable), 2006, p. 248).

(129) La Ley 13907 (del 24 de enero de 1962), ya derogada, estableció el arbitraje obligatorio para los trabajadores de hospitales, clínicas y centros asistenciales: “Las reclamaciones de carácter colectivo de funcionarios, profesionales, empleados u obreros que prestan servicios en hospitales, clínicas y centros asistenciales en general, serán resueltas por arbitraje, si hubiere fracasado el trato directo. El Tribunal Arbitral se constituirá con cinco miembros elegidos de la siguiente forma: dos por cada parte y el 5º, que lo presidirá, designado de común acuerdo. Si no se produjera acuerdo, el quinto miembro será sorteado de una lista de cinco miembros que propondrá la Corte Superior del respectivo distrito judicial, a petición del Ministerio del Ramo. El laudo que expida el Tribunal se pronunciará sobre todos los puntos controvertidos; y es inapelable” (art. 1). Así mismo, el Decreto Supremo 6-71-TR del 29 de noviembre de 1971 implantó el arbitraje obligatorio: “Si las partes no llegasen a suscribir en trato directo o en junta de conciliación, una convención colectiva que ponga fin a la reclamación esta será resuelta por las Autoridades Administrativas de Trabajo” (art. 13).

(130) SERNA CALVO, María del Mar, “Experiencia del arbitraje en los conflictos de trabajo en América Latina”. en [revista] *Análisis Laboral*, Lima, Asesoramiento y Análisis Laborales, febrero 1991, vol. XV, N° 164, p. 5. Al respecto, ella escribe: “También llamado unilateralmente preceptivo, [el arbitraje potestativo] está previsto por la legislación de determinados países y otorga a los trabajadores la facultad de decidir, de forma unilateral y sin el consentimiento del empleador, la sumisión del conflicto colectivo a un arbitraje obligatorio” (*loc. cit.*).

(131) Así las cosas, puede afirmarse que, en cierto sentido, el arbitraje potestativo es facultativo para la parte que lo interpone pero obligatorio para la otra.

En tal entorno, se ha sostenido que el arbitraje obligatorio “ha sido muy resistido porque el sector trabajador lo ve como una manera de restringir el derecho de huelga ya que en la práctica significa la obligación de someter las diferencias al tribunal arbitral que resuelve inapelablemente las diferencias. Esa resistencia del sector laboral ha sido compartida, en gran parte, por el sector empleador, que prefiere las soluciones concertadas a las soluciones impuestas. En el fondo hay una desconfianza a la imparcialidad, a la idoneidad y al acierto del órgano arbitral”⁽¹³²⁾.

Sobre el arbitraje potestativo, se ha defendido que es “el que mejor conjuga el derecho al arbitraje y al derecho de huelga desde el punto de vista de los trabajadores”⁽¹³³⁾. Desde otro punto de vista, se ha afirmado que aquel “tiene naturaleza tuitiva pues abre la posibilidad al sujeto sindical obrero, en caso de disparidad de fuerzas, de recurrir a la tutela de la decisión obligatoria, pero manteniendo la ventaja de no convertir en obligatorio necesariamente al arbitraje si la relación intersindical patronal obrera es equilibrada”⁽¹³⁴⁾; sin embargo, “solamente con carácter excepcional podrá admitirse el arbitraje potestativo unilateral por voluntad de la parte obrera en la hipótesis de medios de débil o nula sindicalización y siempre que el sistema político ofrezca garantías para el cumplimiento del objetivo tuitivo perseguido”⁽¹³⁵⁾.

En el Perú, advertimos la existencia de todos estos tipos de arbitraje:

- En general, respecto a la negociación colectiva

Arbitraje obligatorio

“Cuando una huelga se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o derive en actos de violencia, o de cualquier manera, asuma características graves por su magnitud o consecuencias, la autoridad administrativa promoverá el arreglo directo u otras formas de solución pacífica del

(132) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Curso...*, cit., p. 34. También: PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Estudio preliminar...*, cit., p. 20. Similarmente, WALKER ERRÁZURIZ: ‘Debe resaltarse que el arbitraje en los conflictos del trabajo suele deparar resistencia por diversos motivos, cuando es obligatorio porque se lo considera sustitutivo de la ‘huelga’, estimándose por tanto profundamente limitativo de los derechos de los trabajadores’ (WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, *op. cit.*, p. 570).

(133) LÓPEZ LARRAVE, Mario, cit. por SERNA CALVO, María del Mar, *loc. cit.*

(134) SARTHOU, Helios, “Los conflictos colectivos del trabajo y el arbitraje”. En: *Trabajo, Derecho y Sociedad. Tomo I: Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2004, p. 90.

(135) *Ibidem*, p. 103.

conflicto. De fracasar esta, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo resolverá en forma definitiva”⁽¹³⁶⁾.

Arbitraje (facultativo) voluntario:

“Durante el desarrollo de la huelga los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje, en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador”⁽¹³⁷⁾.

Arbitraje (facultativo) potestativo⁽¹³⁸⁾

Con expresión de causa

“Las partes tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo en los siguientes supuestos:

- “a) Las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido; y,
- “b) Cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo. [...]

(136) LRCT, art. 68. En este caso, el Estado, por intermedio del MTPE, se atribuye la prerrogativa de solucionar el conflicto. Cuando los supuestos establecidos en la norma “tengan un efecto o dimensión supra regional o nacional, la competencia resolutoria recae, de forma exclusiva y excluyente, en la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo” (Decreto Supremo 14-2011-TR del 16 de setiembre de 2011, art. 3). Si bien el artículo 70 de la LRCTR indica que las resoluciones de la Autoridad Administrativa de Trabajo “tienen la misma naturaleza y surten idénticos efectos que las convenciones adoptadas en negociación directa”, por disposición posterior (de inferior jerarquía normativa) se ha señalado que “las resoluciones administrativas, de primera y segunda instancia[s], que se expiden al amparo del artículo 68 [] tienen la naturaleza de laudo arbitral []” (Decreto Supremo 14-2011-TR del 16 de setiembre de 2011, art. 4).

(137) LRCT, art. 63. El artículo 47 del Reglamento agrega: “En el caso contemplado en el artículo 63 de la Ley [de Relaciones Colectivas de Trabajo], los trabajadores o sus representantes podrán proponer por escrito al empleador el sometimiento del diferendo a arbitraje, requiriéndose la aceptación escrita de este. Si el empleador no diera respuesta por escrito a la propuesta de los trabajadores en el término del tercero día hábil de recibida aquélla, se tendrá por aceptada dicha propuesta, en cuyo caso se aplicarán las normas relativas al procedimiento arbitral. El arbitraje procederá si se depone la huelga”.

(138) Se ha publicado recientemente una nota periodística: “Nueva política laboral” (en el diario “Gestión”, Lima, 12 de julio de 2016) acerca de las posibles reformas en materia laboral que introduciría el gobierno de Pedro Pablo Kuczynski, Jefe de Estado (por cinco años) a partir del 28 de julio. A propósito del arbitraje laboral, ahí se dice que “solo se podrá obligar a someterse a un arbitraje laboral cuando existan actos de mala fe (rehusar dar información, no entrega de documentación) o primera negociación (entre sindicato y empresa). De esa manera [], se evitarán los arbitrajes laborales cuando no exista ninguna justificación o cuando la empresa pruebe que actúa de buena fe durante la negociación con el sindicato o viceversa”.

“En ningún caso, el arbitraje potestativo puede ser utilizado en desmedro del derecho de huelga”⁽¹³⁹⁾.

Sin expresión de causa:

“Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje”⁽¹⁴⁰⁾.

Esta disposición debe concordarse necesariamente con esta otra:

“Al término de la negociación directa, o de la conciliación, de ser el caso, según el artículo 61 de la Ley [de Relaciones Colectivas de Trabajo], cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga [...]”⁽¹⁴¹⁾.

- En particular, respecto a la negociación colectiva de las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado comprendidas en la LSC:

Arbitraje (facultativo) potestativo, sin expresión de causa:

“De no llegarse a acuerdo en la etapa de conciliación, cualquiera de las partes podrá requerir el inicio de un proceso arbitral potestativo que formará parte del proceso de negociación colectiva salvo que los trabajadores decidan irse a la huelga”⁽¹⁴²⁾.

Según el origen del órgano arbitral, el arbitraje puede estar adscrito a instituciones públicas (organismos oficiales) o a instituciones privadas (organismos particulares); y según el número de miembros del tribunal arbitral, el arbitraje puede ser encomendado a un cuerpo colegiado (composición pluripersonal) o a un árbitro único (composición unipersonal)⁽¹⁴³⁾. Así, pues, las partes pueden confiar el

(139) Reglamento, art. 61-A. Sobre la “mala fe” y los hechos que la constituyen, *vid. supra* notas 22 y 23.

(140) LRCT, art. 61. Ambas partes (arbitraje facultativo voluntario) o cualquiera de ellas (arbitraje facultativo potestativo), según prevé el artículo 46 (primer párrafo) del Reglamento e indicamos en el párrafo siguiente.

(141) Reglamento, art. 46 (primer párrafo).

(142) Reglamento de la LSC, art. 74 (primer párrafo). En este caso, nótese que existe un reconocimiento *expreso* del “proceso arbitral potestativo”.

(143) En rigor, tan “tribunal” es el “cuerpo colegiado” como el “árbitro único”. Así, pues, el artículo 19 del Decreto Legislativo 1071, que norma el arbitraje, establece: “Número de árbitros. Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda, serán tres árbitros”. Sin embargo, los artículos 64 de la LRCT y 51 del Reglamento distinguen entre “tribunal arbitral” y “árbitro unipersonal” o “árbitro único”.

arbitraje a la Autoridad Administrativa de Trabajo, a una institución representativa⁽¹⁴⁴⁾, a un tribunal *ad hoc* (constituido siempre en número impar⁽¹⁴⁵⁾) o a un solo árbitro (persona natural o jurídica), o acordar cualquier otra “modalidad”; a falta de acuerdo, se constituye de oficio un tribunal integrado por tres árbitros: cada parte designa un árbitro y ambos árbitros, un presidente; si no existe acuerdo sobre este, lo nombra la Autoridad Administrativa de Trabajo⁽¹⁴⁶⁾. Respecto a la negociación colectiva de las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado comprendidas en la LSC, el arbitraje estará a cargo de un tribunal integrado por tres miembros (inscritos en el “Registro Nacional de árbitros de Negociaciones Colectivas” y no inmersos en situación de incompatibilidad): cada parte designa un árbitro y ambos árbitros, un presidente; si no existe acuerdo sobre este, lo debe nombrar una denominada “Comisión de Apoyo al Servicio Civil”⁽¹⁴⁷⁾.

El arbitraje facultativo voluntario demanda un compromiso arbitral⁽¹⁴⁸⁾ o convenio arbitral⁽¹⁴⁹⁾, que constituye el acuerdo por el cual las partes sujetan la solución del conflicto al arbitraje y fijan sus características y límites. Entre otros asuntos, el compromiso arbitral comprende el tipo de arbitraje el procedimiento para la designación o nombramiento de los árbitros, el lugar del arbitraje, los puntos a resolver y los honorarios de los árbitros⁽¹⁵⁰⁾.

(144) Al Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú o al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, por ejemplo.

(145) Reglamento, art. 50.

(146) LRCT, art. 64 (primer párrafo); Reglamento, art. 51. Ello no obstante y según prevén los artículos 64 (cuarto y quinto párrafos) de la LRCT y 52 del Reglamento, cuando el empleador es una empresa comprendida en el ámbito de la “actividad empresarial del Estado” o se trata de una entidad estatal cuyos trabajadores están sujetos al régimen laboral de la actividad privada y no existe acuerdo entre *las partes* respecto al presidente del tribunal arbitral, la designación la realizará una institución independiente elegida por ellas. A falta de acuerdo sobre la designación de la institución y a solicitud de parte, esta será designada por la Autoridad Administrativa de Trabajo. La presidencia del tribunal arbitral no puede recaer en la Autoridad Administrativa de Trabajo.

(147) Reglamento de la LSC, art. 75 (primer y quinto párrafos). Conforme al 86 del Reglamento de la LSC, la Comisión de Apoyo al Servicio Civil “es el órgano facultado para conocer y resolver en primera y única instancia administrativa, los conflictos y controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan entre organizaciones sindicales y entidades públicas o entre estas y los servidores civiles”; y según la décima disposición complementaria del mismo Reglamento, en tanto no se implemente esta Comisión, dichas competencias “estarán a cargo del órgano competente del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo”. A saber, la Dirección General del Trabajo del MTPE (Decreto Supremo 14-2011-TR del 16 de setiembre de 2011, art. 2).

(148) Reglamento, art. 49 (primer párrafo).

(149) El Decreto Legislativo 1071, que norma el arbitraje, alude al *convenio arbitral* y lo regula (arts. 13-18). Entre otras materias, contempla el contenido, la forma y la extensión del convenio arbitral (arts. 13 y 14).

(150) El artículo 49 (primer párrafo) del Reglamento prescribe: «La decisión de someter la controversia a arbitraje constará en un acta denominada “compromiso arbitral”, que contendrá: el nombre de las partes, los de sus representantes y sus domicilios, [la] modalidad de arbitraje, la información sobre la negociación colectiva que se somete a arbitraje: [el] monto y la forma de pago de las costas y honorarios de los árbitros; el lugar de arbitraje y facilidades para el funcionamiento del Tribunal, que deberá asumir el empleador, que de no ser posible, será solicitada por las partes al Ministerio de Trabajo y Promoción

Al generarse por la voluntad de una sola de las partes, el arbitraje facultativo potestativo –en cambio– no precisa la suscripción de tal compromiso o convenio⁽¹⁵¹⁾.

La oportunidad para introducir el arbitraje depende de cuál tipo se trate: en el arbitraje obligatorio, depende de la decisión de la Autoridad Administrativa de Trabajo luego de fracasado el intento de solución pacífica del conflicto (huelga de larga persistencia, que expone peligrosamente al sector productivo o empresa o deriva en hechos violentos); en el arbitraje (facultativo) voluntario, cuando las partes convengan al respecto (durante el desarrollo de una huelga, o incluso antes de esta en las etapas de conciliación o negociación directa); y en el arbitraje (facultativo) potestativo, con o sin expresión de causa, en cualquier momento de la negociación colectiva (al finalizar el procedimiento conciliatorio, durante el desarrollo de este, al término de la negociación directa y hasta durante el desenvolvimiento de esta). Y respecto a la negociación colectiva de las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado comprendidas en la LSC, al término de la etapa de conciliación.

El procedimiento arbitral⁽¹⁵²⁾ es el siguiente: ante todo, el presidente del tribunal arbitral (colegiado o de árbitro único) debe convocar a las partes al acto de inicio del proceso arbitral –o “de instalación” del tribunal arbitral, en expresión coloquial⁽¹⁵³⁾–. Este se considera formalmente iniciado con la aceptación de todos los miembros del tribunal (o del árbitro único, de ser el caso) ante las partes en conflicto. En un acta, deben constar el día, la hora y el lugar del acto, los nombres de las partes intervinientes y de los árbitros (o árbitro único), dicha aceptación y la declaración de estar formalmente iniciado el proceso arbitral. En el mismo acto, ambas partes deben entregar al tribunal su propuesta final –por escrito, a modo de proyecto de convención colectiva y con copia para la otra parte–⁽¹⁵⁴⁾.

Social [Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo]». A su vez, el artículo 48 del Reglamento señala: “Las partes de común acuerdo, están facultadas para fijar aspectos puntuales de discrepancia respecto a los cuales debe pronunciarse el árbitro. De no producirse esta situación, la decisión arbitral debe comprender todos aquellos aspectos de la controversia que no hubieran sido solucionados durante la negociación directa”.

(151) Reglamento, art. 61-A (segundo párrafo *in fine*).

(152) Reglamento, arts. 54, 55 y 56.

(153) Reglamento de la LSC, art. 75 (sexto párrafo): “[] el presidente del tribunal convocará a las partes a una Audiencia de Instalación, entendiéndose formalmente iniciado el arbitraje con dicha audiencia”.

(154) En los arbitrajes (facultativos) potestativos con expresión de causa, a saber, debido a la falta de acuerdo en la primera negociación (sobre el nivel de la negociación o el contenido de esta) o a la existencia de mala fe en la negociación, y por una práctica introducida por los árbitros, es habitual que la parte que ha interpuesto el arbitraje presente, en el acto de inicio del proceso arbitral y por requerimiento del tribunal arbitral, un escrito en el que precise, con el fundamento debido, los hechos constitutivos de la mala fe que invoca. El tribunal arbitral corre traslado de dicho escrito a la parte contraria y suspende el acto hasta el momento de la entrega de la resolución mediante la que se pronunciará “por lo general, previa ‘audiencia’ de un informe oral de cada parte” sobre la procedencia o improcedencia del arbitraje

Desde entonces, en un plazo de cinco días hábiles, cada parte puede formular sus observaciones fundamentadas a la propuesta de la otra; y en un plazo máximo de treinta días “naturales” (calendario) debe producirse la “actuación de pruebas”⁽¹⁵⁵⁾. En este período probatorio es usual que el tribunal convoque a las partes a una “audiencia de sustentación de las propuestas finales”, en la que cada una de ellas expone el por qué de sus peticiones u ofertas –directamente o por intermedio de representantes o asesores, por lo común abogados o economistas–, absuelve las preguntas de los árbitros (o del árbitro único) y entrega al tribunal documentos adicionales a los que puedan tener presentados –todo ello constará en el acta pertinente–. El tribunal declara oportunamente la conclusión de la etapa probatoria y dentro de los cinco días hábiles siguientes, convoca a las partes para darles a conocer el laudo que pone fin al arbitraje –se levantará acta de la diligencia correspondiente–.

En lo posible, sin embargo, debiera respetarse siempre la voluntad de las partes respecto a ciertos asuntos procedimentales –la duración de la etapa probatoria, por ejemplo–.

Para la adopción de acuerdos, se requiere la mayoría absoluta de los miembros del tribunal arbitral⁽¹⁵⁶⁾.

En el curso del proceso arbitral o aún antes, la Autoridad Administrativa de Trabajo, de oficio o a pedido de alguna de las partes, debe efectuar la valoración de las peticiones de los trabajadores y examinar la situación económico-financiera de las empresas (o entidades) implicadas y su capacidad para atenderlas. El dictamen pertinente debe ser fundamentado y emitirse con base en la información suministrada por estas y en las investigaciones practicadas; y ser puesto en conocimiento de las partes para que formulen sus observaciones⁽¹⁵⁷⁾. Naturalmente, la valoración y examen aludidos debiera hacerse respecto al proyecto

en cuestión; en caso de declararse su procedencia “o eventualmente, el “encauzamiento” del arbitraje interpuesto a un arbitraje (facultativo) potestativo sin expresión de causa” y contra la entrega de dicha resolución o en el plazo que en esta se indique (no más allá de cinco días hábiles), las partes presentarán sus propuestas finales y el tribunal dispondrá la conclusión del acto de inicio del proceso arbitral. A partir de entonces, el proceso arbitral prosigue conforme exponemos en el texto.

(155) Reglamento, art. 55 (primer párrafo): “El árbitro o Tribunal Arbitral tiene absoluta libertad para ordenar o requerir la actuación o entrega de toda clase de pruebas, incluidas investigaciones, pericias, informes, documentos públicos y privados de propiedad o en posesión de las partes o de terceros y en general obtener todos los elementos de juicio necesarios de instituciones u organismos cuya opinión resulte conveniente para poder resolver el conflicto”.

(156) Reglamento, art. 50.

(157) LRCT, art. 56. Reglamento, art. 46 (segundo párrafo). La Autoridad Administrativa de Trabajo cumple actualmente tal función por medio de la Dirección de Políticas y Normativa de Trabajo de la Dirección General de Trabajo del MTPE y debe seguir los “Lineamientos para la presentación y revisión de la información económica financiera y laboral en el procedimiento de negociación colectiva a nivel nacional” (Directiva 1-2007-MTPE/2/9.3).

de convención colectiva en el que consiste la propuesta final de los trabajadores. Para su decisión, el tribunal arbitral o árbitro único debe considerar las conclusiones de tal dictamen⁽¹⁵⁸⁾.

¿Qué ocurre si las empresas (o entidades) no presentan oportunamente la información mencionada a la Autoridad Administrativa de Trabajo? Esta impone una multa al infractor⁽¹⁵⁹⁾. Y como el tribunal arbitral o árbitro único no puede dejar de pronunciarse, los árbitros –por práctica arbitral– la requieren directamente al obligado u obligados a la vez que procuran obtenerla por otras vías; mediante una búsqueda en internet, por ejemplo⁽¹⁶⁰⁾. Además, pueden disponer las pericias o investigaciones necesarias, cuyo costo debe asumir la parte empleadora. Obviamente y toda vez que la inexistencia del dictamen económico-financiero y laboral del MTPE responde a un hecho propio⁽¹⁶¹⁾, esta no podrá cuestionar –hasta sería claramente inmoral que lo haga– la decisión final ni las actuaciones del tribunal arbitral o árbitro único por tal motivo.

La decisión o fallo del órgano arbitral que da fin al arbitraje es el laudo⁽¹⁶²⁾, que tiene carácter imperativo para ambas partes⁽¹⁶³⁾ y, por tanto, debe ser cumplido obligatoriamente por ellas. Obviamente debe versar sobre todos los puntos del conflicto que no han sido resueltos mediante la negociación directa, la conciliación o la mediación⁽¹⁶⁴⁾. Al laudar, el órgano arbitral debe respetar los derechos laborales mínimos reconocidos por la Constitución y la Ley.

El laudo tiene las consecuencias siguientes: en primer lugar, pone fin al conflicto; y en segundo lugar, tiene la misma naturaleza y surte idénticos efectos “que las convenciones colectivas adoptadas en negociación directa”⁽¹⁶⁵⁾.

Además de su preceptivo cumplimiento por las partes y al margen de cuáles sean el tipo de arbitraje y el órgano arbitral que lo emite, el laudo se caracteriza

(158) LRCT, art. 65 (tercer párrafo). Reglamento, art. 57 (segundo párrafo).

(159) Resolución Ministerial 45-95-TR del 31 de mayo de 1995, art. 4.

(160) De acuerdo con la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, las entidades de la Administración Pública deben publicar en su “portal de transparencia”, entre otros puntos, “la información presupuestal que incluya datos sobre los presupuestos ejecutados, proyectos de inversión, partidas salariales y los beneficios de los altos funcionarios y el personal en general, así como sus remuneraciones” (art. 5 inciso 2).

(161) Puede verse: DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo, *La doctrina de los actos propios en el Derecho Laboral peruano*, en (revista) “Soluciones Laborales”, Lima, Gaceta Jurídica, año 6, N° 62, febrero 2013, pp. 58-64.

(162) Vid. DRAE, voz *laudo*. Aunque usada regularmente, nos permitimos cuestionar la expresión “laudo arbitral”: por definición, la palabra “laudo” corresponde a un proceso arbitral.

(163) LRCT, art. 66 (primer párrafo).

(164) Con relación a la negociación directa: Reglamento, art. 48.

(165) LRCT, art. 70.

por ser inapelable⁽¹⁶⁶⁾. Sin embargo, es pasible de impugnación judicial “por razón de nulidad” —es decir, por la vulneración de solemnidades o requisitos procesales⁽¹⁶⁷⁾, o por haberse dictado bajo presión derivada de la realización de “modalidades irregulares” de huelga o del “uso de violencia sobre personas o cosas”⁽¹⁶⁸⁾— o “por establecer menores derechos a los contemplados por la Ley en favor de los trabajadores”⁽¹⁶⁹⁾. Tal impugnación no afecta la ejecución del laudo, salvo resolución contraria de la autoridad judicial competente⁽¹⁷⁰⁾ (el dictado de una medida cautelar, por ejemplo). La demanda de impugnación de laudos derivados de una negociación colectiva se interpone ante la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia del lugar donde se expidió el laudo y se tramita conforme al procedimiento establecido por la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo⁽¹⁷¹⁾.

En cualquier caso, el órgano arbitral puede disponer la corrección del laudo: de oficio o a solicitud de parte (formulada dentro de un día hábil posterior a la notificación del laudo) y ordenada por escrito (dentro de tres días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud pertinente), para subsanar errores materiales, numéricos, de cálculo, tipográficos o de carácter similar. La corrección forma parte del laudo⁽¹⁷²⁾.

Como los demás medios de solución de los conflictos colectivos económicos, el arbitraje acredita determinadas ventajas. Evocamos la más notoria: el arbitraje pone pacíficamente fin al conflicto. Pero también, la recurrencia al arbitraje puede hacer que las partes en discordia reflexionen sobre su comportamiento durante las conversaciones previas (en la negociación directa, conciliación o

(166) LRCT, art. 66 (primer párrafo).

(167) *Cfr.* PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *op. cit.*, p. 193. Las *causales de anulación* están previstas taxativamente en el artículo 63 del Decreto Legislativo 1071, que norma el arbitraje.

(168) LRCT, art. 69. De acuerdo con el artículo 81 de la misma LRCT, son “modalidades irregulares” de huelga: la paralización intempestiva, la paralización de zonas o secciones neurálgicas de la empresa, el trabajo a desgano o a ritmo lento o a reglamento, la reducción deliberada del rendimiento o cualquier paralización en la que los trabajadores permanezcan en el centro de trabajo y la obstrucción del ingreso al centro de trabajo.

(169) LRCT, art. 66 (segundo párrafo).

(170) LRCT, art. 66 (tercer párrafo).

(171) NLPT, artículos 3 (inciso 3), 6 (tercer párrafo) y 50 a 53. En síntesis, el “Proceso impugnativo de laudos arbitrales económicos” es el siguiente: la demanda se interpone dentro de diez días hábiles de notificado el laudo o su aclaración (corrección); los únicos medios probatorios admisibles son los documentos, que deben acompañarse necesariamente a los escritos de demanda y contestación. La Sala Laboral corre traslado de la demanda, para que el demandado la conteste en un plazo de diez días hábiles; y notifica a los árbitros para que, dentro de igual plazo, expongan cuando consideren conveniente. Dentro de diez días hábiles de contestada la demanda y luego de oídos los alegatos de las partes, la Sala Laboral dicta sentencia. Las partes pueden interponer apelación, a resolver por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. Contra la sentencia de segunda instancia, no procede el recurso de casación.

(172) Reglamento, art. 58.

mediación), perciban –cada cual– su conducta inadecuada, mantengan el diálogo y logren el acuerdo, sea en los momentos precedentes al inicio del proceso arbitral o durante el desarrollo de este. Como toda decisión adoptada por un tercero (tribunal arbitral, árbitro único) deja normalmente insatisfecha a las partes o a una de ellas, el arbitraje ya concluido puede, además, inducir las a solucionar directamente sus futuros conflictos.

Entre las desventajas del arbitraje encontramos que las partes (en el arbitraje facultativo voluntario) o una de ellas (en el arbitraje facultativo potestativo) lo utilizan debido a las limitaciones que ellas tienen para resolver directamente la disensión. Asimismo, la demora en la elección del presidente del tribunal arbitral, atribuible a los árbitros de cada parte o debida al retraso en la realización del sorteo pertinente por la autoridad competente, prolonga indebidamente el estado irresoluto del conflicto. A su vez, la conducta asumida por las partes durante el desenvolvimiento del proceso arbitral puede generar apasionamientos e intensificar el conflicto. Por último, el costo del arbitraje.

II. MEDIOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS JURÍDICOS

En el Perú, “las controversias jurídicas colectivas no tienen una vía procesal propia y se tramitan de la misma forma y por los mismos cauces que las individuales, de las que, por lo demás, no aparecen conceptualmente separadas. En otras palabras, todas las controversias jurídicas se someten a un mismo procedimiento, indiferentemente de que se trate de que la doctrina reconozca en unas naturaleza colectiva y en otras naturaleza individual”⁽¹⁷³⁾.

Son ejemplos de conflictos colectivos jurídicos: la exigencia de cumplimiento de un convenio colectivo o laudo, la impugnación del reglamento interno de trabajo (elaborado unilateralmente por el empleador), la impugnación de una modificación (de carácter general) de la jornada u horario de trabajo y la reducción de personal pretendida por el empleador.

A) NEGOCIACIÓN DIRECTA

Ya hemos definido la *negociación directa*⁽¹⁷⁴⁾.

Por cuanto a ella toca, no vemos disimilitudes de peso entre la actuada para resolver conflictos económicos como la seguida para solucionar conflictos

(173) PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *op. cit.*, p. 25.

(174) *Vid. supra*.

jurídicos. Cuanto tenemos dicho respecto a la primera, deviene aplicable mutatis mutandis a la segunda.

B) CONCILIACIÓN-MEDIACIÓN

Cuando de conflictos colectivos jurídicos se trata, la conciliación –además de ser un medio de solución de conflictos, un acto o diligencia procesal, la función desempeñada por el tercero interviniente o el acuerdo mismo⁽¹⁷⁵⁾– es también una audiencia administrativa o una audiencia o *etapa de un proceso judicial laboral*.

Hablamos, entonces, de una conciliación administrativa y de una conciliación judicial.

Ahora bien, como ocurre con la conciliación en el ambiente de los conflictos colectivos económicos (o de intereses o de revisión), la “función conciliatoria” compete a diferentes órganos: primordialmente, al Estado –a través de la Autoridad Administrativa de Trabajo (por intermedio de funcionarios especializados) y de la Justicia del Trabajo (por intermedio de los Jueces Supremos, Jueces Superiores o Jueces Especializados competentes)–; pero también a entidades privadas (“centros de conciliación”) o cualesquiera particulares, si las partes así lo acuerdan⁽¹⁷⁶⁾.

En este orden, la quinta disposición complementaria de la NLPT establece:

“La conciliación administrativa es facultativa para el trabajador y obligatoria para el empleador. Se encuentra a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo, el cual proporciona los medios técnicos y profesionales para hacerla factible.

El Estado, por intermedio de los Ministerios de Justicia y de Trabajo y Promoción del Empleo, fomenta el uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos. Para tal fin, implementa lo necesario para la promoción de la conciliación extrajudicial administrativa y el arbitraje”.

Así planteadas las cosas, importa indicar que la conciliación administrativa está regulada por el Decreto Legislativo 910, Ley del Servicio de Defensa del Trabajador, y su Reglamento (Decreto Supremo 20-2001-TR, publicado el 29 de junio de 2001)⁽¹⁷⁷⁾.

(175) *Vid. supra*.

(176) En atención a la búsqueda de la solución del conflicto y a la flexibilidad que debe caracterizar a la conciliación como medio orientado a tal fin, no vemos impedimento para que las partes puedan acordar que la función conciliatoria corresponda a entidades privadas o cualesquiera particulares.

(177) En adelante, LSDT.

En efecto, con relación a esta conciliación administrativa, los artículos 27 al 32 de la LSDT norman el “Servicio de Conciliación Administrativa” y refieren: el área (del Servicio de Defensa Legal Gratuita Asesoría del Trabajador) de Conciliación Administrativa (destaca el mandato respecto a la asistencia de las partes a la audiencia de conciliación es obligatoria⁽¹⁷⁸⁾; para la realización de esta, debe notificarse a ambas partes con una anticipación no menor de diez días hábiles), la suspensión del plazo de caducidad en materia laboral (desde la fecha en que cualquiera de las partes solicita la audiencia de conciliación y hasta la fecha en la que culmine el procedimiento), la representación en la conciliación (las partes pueden intervenir en el procedimiento a través de sus representantes o apoderados, con la facultad expresa para conciliar), la inasistencia de las partes (si una u otra no asisten a la conciliación por incapacidad física, caso fortuito o fuerza mayor, deben acreditar por escrito su inasistencia dentro del segundo día hábil posterior a la fecha señalada para aquella; admitida la justificación, se las notifica oportunamente para una segunda y última diligencia —en este caso, la notificación se efectúa con una anticipación no menor de veinticuatro horas—; si en dicho plazo la parte empleadora no presenta la justificación pertinente o es desestimada, se aplica una multa de hasta una Unidad Impositiva Tributaria⁽¹⁷⁹⁾ vigente), la impugnación de la resolución de multa (el recurso de apelación debe interponerse dentro del tercer día hábil de la notificación de esta resolución y resolverse en el término de diez días hábiles de su presentación, con lo que se agota la vía administrativa) y el acta de conciliación y sus efectos (solo se levanta acta cuando las partes lleguen a un acuerdo total o parcial del tema controvertido —en caso contrario, se expide únicamente una constancia de asistencia—; el acta debe contener una obligación cierta, expresa y exigible, y constituye título ejecutivo⁽¹⁸⁰⁾ y tiene mérito de instrumento público). Según la novena disposición complementaria de la LSDT, “en todo aquello no previsto por la Ley y su Reglamento, y siempre que no se oponga a su naturaleza, se aplicará supletoriamente lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Procedimientos Administrativos, la Ley de conciliación, y en defecto de ambas, el Código Procesal Civil”.

A su vez, los artículos 69 a 80 del Reglamento de la LSDT aluden a la finalidad de la conciliación administrativa, a las obligaciones del conciliador (entre ellas, destacamos la de “incentivar a las partes a buscar soluciones satisfactorias

(178) Aunque la conciliación administrativa es facultativa para la parte laboral y de solicitarla esta, su asistencia a la audiencia de conciliación sí es obligatoria.

(179) En el año 2016, la Unidad Impositiva Tributaria equivale a S/. 3 950,00; esto es, unos \$ 1 205,00 aproximadamente (tipo de cambio: S/. 3,28).

(180) Conforme al artículo 57 inciso f de la NLPT, el “acta de conciliación extrajudicial, privada o administrativa” es “título ejecutivo” y se tramita en “proceso de ejecución”.

dentro del marco de los derechos laborales irrenunciables que asisten a los trabajadores o extrabajadores. En dicho sentido, propondrá fórmulas conciliatorias no obligatorias”), a la solicitud de conciliación, los temas de conciliación (en buena cuenta, cualquier tema “generado con motivo de la relación laboral”), a la forma del pedido de conciliación, a la notificación (en particular, esta debe contener “el asunto sobre el cual se pretende conciliar”), a la audiencia (“única”), a la concurrencia y representación de las partes (entre otros puntos, se dispone que “opcionalmente las partes pueden ser asesoradas por letrados o no; el conciliador no permitirá su presencia en el ambiente donde se lleve a cabo la conciliación cuando, a su juicio, perturben o impidan el desarrollo de la misma, o cuando su presencia sea objetada por la otra parte sin necesidad de expresión de causa. Dichos asesores pueden ser consultados por las partes, pero no tienen derecho a voz ni pueden interferir en las decisiones que se tomen”), a la conclusión del procedimiento conciliatorio (por “acuerdo total o parcial de las partes, el cual se plasma en un acta de conciliación”, por “falta de acuerdo entre las partes, en cuyo caso [el conciliador] expide una constancia de asistencia con la firma de ambas partes”, por “inasistencia de una parte a dos sesiones” o por “inasistencia de ambas partes a una sesión”), a la formalidad del acta de conciliación (en especial, esta debe “precisar los acuerdos totales o parciales, estableciendo de manera precisa los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles” y “en ningún caso debe contener las propuestas o la posición de una de las partes respecto de estas”), al mérito del acta y a la expedición de copias de actas de conciliación.

Por su lado, la conciliación judicial está regulada por la NLPT: como una etapa del proceso judicial de trabajo pero también como una forma especial de conclusión del proceso.

De acuerdo con el artículo 30 de la NLPT y entre otros supuestos, el proceso laboral puede concluir, de forma especial, por conciliación. También, cuando ambas partes no asisten por segunda vez a cualquiera de las audiencias programadas –y una de tales audiencias es, precisamente, la audiencia de conciliación– en primera instancia. La conciliación puede ocurrir dentro del proceso, cualquiera sea el estado en el que se encuentre, hasta antes de la notificación de la sentencia. Así, pues, el juez puede invitar a las partes, en cualquier momento, a arribar a un acuerdo conciliatorio, “sin que su participación implique prejuzgamiento” y “sin que lo manifestado por las partes se considere declaración”. Además, si las partes concurren al juzgado con un acuerdo para finalizar el proceso, el juez debe darle trámite preferente “en el día”.

Así mismo, los artículos 43 y 49 inciso 1 de la NLPT regulan la audiencia de conciliación en el proceso ordinario laboral y en el proceso abreviado laboral, respectivamente.

C) ARBITRAJE

El arbitraje para la solución de los conflictos colectivos jurídicos debe tramitarse según las reglas del Decreto Legislativo 1071, que norma el arbitraje.

Aun cuando no vemos objeción alguna para la recurrencia al arbitraje a tales efectos, no son comunes los casos de su utilización como medio de solución de los conflictos colectivos jurídicos.

De todos modos y como decía Plá Rodríguez, “el sometimiento al arbitraje de conflictos de derecho suscita menos resistencia por cuanto, en definitiva, es una cuestión referente al alcance o significado de normas jurídicas, las cuales siempre han sido sometidos a la decisión de terceros”⁽¹⁸¹⁾.

Aquí también juegan las posibilidades de recurrir al arbitraje, tanto de derecho como de equidad⁽¹⁸²⁾.

D) DECISIÓN JUDICIAL

En este caso, las partes someten el conflicto colectivo jurídico a la decisión del órgano jurisdiccional.

La demanda, la sustanciación del proceso y su definición se regulan por las reglas fijadas para los procesos laborales y no precisan mayor comentario.

IV. LOS CONFLICTOS COLECTIVOS JURÍDICOS EN EL CONTEXTO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Ciertos conflictos colectivos jurídicos también pueden ser solucionados por la justicia constitucional.

En efecto, el artículo 200 de la Constitución establece las llamadas “garantías constitucionales”.

Por cuanto concierne a nuestro tema, interesan principalmente la acción de inconstitucionalidad y la acción popular: la acción de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de Ley, que contravengan la constitución en la forma o en el fondo; y la acción popular “procede, por infracción de la Constitución y de la Ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones

(181) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Curso...*, cit., p. 35. También: PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Estudo preliminar...*, cit., pp. 24-25.

(182) Lugares citados.

y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen”.

A manera de ejemplo, referimos tres acciones de inconstitucionalidad. De todos modos, precisamos que no corresponde analizar aquí cada una de las sentencias citadas.

ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD:

Contra la Ley Marco del Empleo Público:

Expediente 8-2005-PI/TC

Tipo de proceso: Proceso de Inconstitucionalidad

Demandante: Juan José Gorriti⁽¹⁸³⁾ y más de cinco mil ciudadanos

Demandado: Congreso de la República y Poder Ejecutivo

[Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos contra diversos artículos de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público.]

Norma sometida a control: Ley 28175, Ley Marco del Empleo

Público

Normas constitucionales cuya vulneración se alega: Artículos 26 [principios laborales], 28 [sindicación, negociación colectiva y huelga] y 40 [carrera administrativa, funcionario con cargo político o de confianza; publicidad de ingresos] de la Constitución

Petitorio: Se declare la inconstitucionalidad de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público

Sentencia: 12 de agosto de 2005⁽¹⁸⁴⁾

Fallo:

- Puntos 1, 2 y 3: “INFUNDADA la demanda” (aunque en los puntos 2 y 3 la sentencia fija el criterio interpretativo a

(183) A la sazón, Secretario General de la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP).

(184) Vid.: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>.

aplicar respecto a algunos de los artículos de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, impugnados).

- Punto 4: “EXHORTAR al Congreso de la República para que con el carácter de prioritario y urgente apruebe, en la presente legislatura, las leyes complementarias a la Ley Marco del Empleo Público a fin de iniciar la uniformidad, equidad modernización del empleo público, elemento fundamental para un adecuado funcionamiento de la Administración Pública”.
- Punto 5: “DECLARAR que, de acuerdo a lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, los derechos laborales de los trabajadores, como los de sindicación, negociación colectiva y huelga previstos en el artículo 28 de dicho texto, deberán interpretarse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales; el artículo 8 del Protocolo Adicional a la convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”; el Convenio [Nº] 87 de la OIT relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación; el artículo 6 del Convenio Nº 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva; y el Convenio Nº 151 de la OIT, relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, entre otros tratados de derechos humanos”.

Contra la Ley que declara a la educación básica regular como servicio público esencial:

Expediente 26-2007-PI/TC

Tipo de proceso: Proceso de Inconstitucionalidad

Demandante: Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú

[Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú contra el artículo 1 de

la Ley 28988, Ley que declara a la educación básica regular como servicio público esencial.]

Norma sometida a control: Artículo 1 de la Ley 28988, Ley que declara a la educación básica regular como servicio público esencial⁽¹⁸⁵⁾

Derechos constitucionales invocados: La obligación del Estado de promoción del trabajo (artículo 23), el derecho a una remuneración equitativa y suficiente (artículo 24) y el derecho a la huelga (artículo 28 inciso 3)

Petitorio: Se declare la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 28988, Ley que declara a la educación básica regular como servicio público esencial

Sentencia: 28 de abril de 2009⁽¹⁸⁶⁾

Fallo: “INFUNDADA la demanda”.

Contra las Leyes de Presupuesto:

Expedientes 3-2013-PI/TC, 4-2013-PI/TC y 23-2013-PI/TC

Tipo de procesos: Procesos de Inconstitucionalidad

Demandantes: Colegio de Abogados del Callao (expediente 3-2013-PI/TC), Colegio de Abogados de Arequipa (expediente 4-2013-PI/TC) y ciudadanos (expediente 23-2013-PI/TC)

[Demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Colegio de Abogados del Callao (expediente 3-2013-PI/TC), el Colegio de Abogados de Arequipa (expediente 4-2013-PI/TC) y ciudadanos (expediente 23-2013-PI/TC) contra determinadas disposiciones de la Ley 29812, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2012, y de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013.]

(185) Artículo 1 de la Ley 28988, Ley que declara la educación básica regular como servicio público esencial: “La educación como servicio público esencial. Constitúyese [sic] la educación Básica Regular como un servicio público esencial, a fin de garantizar el pleno ejercicio del derecho fundamental de la persona a la educación, derecho reconocido en la constitución Política del Perú, en la Ley General de educación y en los Pactos Internacionales suscritos por el Estado peruano. La administración dispondrá las acciones orientadas a asegurar los servicios correspondientes”.

(186) Vid.: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00026-2007-AI.pdf>>.

Normas sometidas a control: 54ª Disposición Complementaria Final de la Ley 29812, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2012; artículo 6 y 58ª Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013

Normas constitucionales cuya vulneración se alega: derecho a la negociación colectiva, la libertad de trabajo, el carácter jurisdiccional del arbitraje, el principio de independencia de la jurisdicción arbitral, la facultad de los árbitros de aplicar el control difuso, el debido proceso y el contenido que debe tener la Ley de Presupuesto

Petitorio: Se declare la inconstitucionalidad de la 54ª Disposición Complementaria Final de la Ley 29812, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2012; y del artículo 6 y 58ª Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013

Sentencia: 3 de setiembre de 2015⁽¹⁸⁷⁾

Fallo:

- Punto 1: “Declarar INCONSTITUCIONAL la prohibición de negociación colectiva para incrementos salariales de los trabajadores de la Administración Pública contenida en las disposiciones impugnadas; en consecuencia, FUNDADAS EN PARTE, por el fondo, las demandas de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 6 de la Ley 29951, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013; por tanto, se declara: a) INCONSTITUCIONALES las expresiones “[...] beneficios de toda índole [...]” y “[...] mecanismo [...]”, en la medida en que no se puede prohibir de modo absoluto el ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva en la Administración Pública que implique acuerdos relativos a los incrementos remunerativos; y b) INCONSTITUCIONAL, por conexión y por reflejar una situación de hecho inconstitucional, la prohibición de negociación colectiva para incrementos salariales contenida en los artículos 6 de la Ley 30114, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal

(187) <Vid.: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00003-2013-AI%2000004-2013-AI%2000023-2013-AI.pdf>>

2014, y 6 de la Ley 30182, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2015”.

- Punto 2: “EXHORTAR al Congreso de la República a que, en el marco de sus atribuciones [...] apruebe la regulación de la negociación colectiva acotada, a partir de la primera legislatura ordinaria del período 2016-2017 y por el plazo que no podrá exceder de un año, lapso dentro del cual se decreta la *vacatio sententiae* del punto resolutivo N° 1 de esta sentencia”.
- Punto 3: “Declarar FUNDADAS, EN PARTE, las demandas interpuestas contra el segundo párrafo de la Quincuagésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 29812 y del tercer párrafo de la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, por ser inconstitucionales por la forma”.
- Punto 4: “Declarar INFUNDADAS las demandas en lo demás que contienen”.

ARBITRAJE COLECTIVO LABORAL DE TIPO POTESTATIVO EN EL PERÚ: UNA DEFINICIÓN A PARTIR DE PRONUNCIAMIENTOS JURISDICCIONALES Y ADMINISTRATIVOS

Luis Mendoza Legoas⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN: NOTAS SOBRE EL GÉNERO (EL ARBITRAJE COLECTIVO LABORAL)

Una tipología de conflictos laborales muy reiterada en la doctrina distingue aquellos de carácter económico (o *de interés*) y otros, de tipo jurídico. Dentro de los ordenamientos laborales latinoamericanos (es el caso del Perú) los conflictos económicos de interés se caracterizan por la pretensión de una de las partes de regular o modificar las condiciones de empleo y/o las relaciones sindicales. Durante las tratativas en que ambas partes se involucran o una vez fracasado el intento de lograrse tales resultados por la vía autónoma, suelen concurrir mecanismos de auxilio o de canalización del conflicto, cuyo objeto no es otro que el evitar la exteriorización del mismo mediante los mecanismos de fuerza que el Derecho reconoce. Además, estos conflictos se caracterizan por activar la competencia de instituciones administrativas y arbitrales, con mayor o menor intensidad según cada legislación nacional.

En contraposición a los conflictos económicos, los conflictos jurídicos (o de derecho) tienen que ver con reclamos por la inaplicación de normas existentes

(1) Abogado laboralista por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado senior del área laboral de Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría. Ex Director de Promoción y Protección de Derechos Fundamentales Laborales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Las opiniones señaladas en esta monografía no comprometen a ninguna de las instituciones mencionadas.

(o por la discrepancia en los alcances de su interpretación)⁽²⁾ y en torno a ellos se han diseñado generalmente los procesos jurisdiccionales, generales o de carácter colectivo.

En el ámbito de las relaciones colectivas coexisten, por un lado, *mecanismos autocompositivos* de solución de conflictos –por los cuales las partes solucionan directamente las desavenencias existentes– y, por otro lado, *mecanismos heterocompositivos*, que se caracterizan por la intervención decisoria de un tercero, ajeno a las partes. La forma de autocomposición por excelencia es, en dicho escenario, la negociación colectiva –cuyo fomento es un deber que la Constitución peruana impone al Estado–⁽³⁾ lo que da cuenta de su protagonismo central en las relaciones democráticas, pues configura un procedimiento institucional que tiende a producir una regulación al que la norma constitucional le reconoce una particular eficacia jurídica⁽⁴⁾. Así, al más alto nivel normativo, se cierra el círculo de reconocimiento del *procedimiento* forjador de acuerdos que regulan condiciones de empleo o las relaciones sindicales y del *producto* en sí mismo.

Por motivos económicos, sociales e históricos la negociación colectiva es el mecanismo que estadísticamente se muestra como el más utilizado para la solución de conflictos colectivos en el Perú. De acuerdo con la información publicada en los anuarios estadísticos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo⁽⁵⁾, puede observarse el papel residual que en un plano general tiene el arbitraje en las negociaciones colectivas peruanas:

- El año 2014, en todo el Perú, se tuvo **cuatrocientos cuarenta y tres (443)** convenios colectivos registrados (incluyendo a acuerdos celebrados autónomamente y a laudos arbitrales). Entre ellos, trescientos cincuenta (350) se resolvieron por acuerdo directo, mientras que sesenta y seis (66) se acordaron con auxilio de la conciliación, mediación o la figura del *extraproceso*⁽⁶⁾. Mientras tanto, veintisiete (27) convenios colectivos registrados tuvieron solución por la vía arbitral, siendo tan

(2) Vid. SAPPJA, Jorge. Justicia Laboral y medios alternativos de solución de conflictos colectivos e individuales del trabajo. Lima: OIT, 2002, pp. 5-7.

(3) Deber de fomento que, contemplado en el primer párrafo del inciso 2 del artículo 28 de la Constitución, presupone ontológicamente al deber de garantía de la libertad sindical, referida en el inciso inmediatamente anterior del mismo artículo constitucional.

(4) Nos referimos a la “fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado”, según el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 28 de la Constitución.

(5) Consúltase en la página institucional de la entidad: <<http://www.trabajo.gob.pe>>. Página consultada en abril de 2016.

(6) El “extraproceso” es una figura que podría definirse como una mixtura de la conciliación y de la mediación y que se ha creado en la práctica de la intervención de la Autoridad de Trabajo en las relaciones colectivas del Perú.

solo **nueve (9) solucionados por un laudo emitido dentro de un arbitraje potestativo.**

- En 2013, a nivel nacional, se registraron **cuatrocientos cincuenta y cinco (455) convenios colectivos** de trabajo. De ellos, trescientos cincuenta y nueve (359) fueron resueltos mediante negociación directa; mientras que otros sesenta y cuatro (64) conflictos se solucionaron mediante la conciliación, mediación o extraprocesos. Adicionalmente, treinta y dos (32) conflictos fueron resueltos mediante arbitraje, contándose dentro de dicho número a **diez (10) laudos emitidos en procedimientos de arbitraje potestativo.**

En el año 2012, en todo el Perú, existieron **cuatrocientos treinta y cinco (435) convenios colectivos.** De todos ellos, trescientos cincuenta y tres (353) se resolvieron mediante negociación directa, cincuenta y dos (52) mediante acuerdos en conciliación, mediación o extraprocesos y treinta (30) mediante arbitraje.

- Asimismo, durante el año 2011, en todo el Perú se registraron **quinientos cincuenta (550) convenios colectivos**, de los cuales solamente quince (15) se debieron al arbitraje.

Varias observaciones pueden plantearse a la estadística que se acaba de reseñar: desde la existencia de un posible *sub-registro*, el que únicamente se cuenta con data sobre el arbitraje potestativo desde el año 2013 e inclusive el hecho de que a la fecha no se estaría registrando la figura del arbitraje para definir el nivel o contenido de la primera negociación. Sin embargo, estas observaciones no afectan la clara evidencia del carácter residual que tiene el procedimiento arbitral dentro de los mecanismos de solución de conflictos laborales. No ha eclipsado ni mucho menos ha sustituido a la negociación colectiva.

Como se ve, los hechos apuntalan el aserto de que la negociación colectiva es, efectivamente, complementada por otras “formas de solución de conflictos laborales” —en términos usados por la propia Constitución de 1993— que no son otras que la conciliación, la mediación, el extraproceso y el arbitraje. Es este último mecanismo el que ocupa el centro de esta investigación, con especial atención en una de sus modalidades dentro del ordenamiento jurídico peruano: el arbitraje potestativo. Es importante subrayar la proporción real existente entre los conflictos colectivos solucionados mediante arbitraje potestativo y aquellos que se solucionan por acuerdos directos u otros mecanismos, a fin de dimensionar adecuadamente este tema.

En el Derecho comparado, las tipologías con las cuales se definen modalidades de arbitraje son variadas: arbitraje de derecho y arbitraje de equidad o conciencia (según si el tribunal arbitral resuelve con sujeción al derecho vigente o si, bajo parámetros más flexibles, resuelve según su leal saber y entender); arbitraje institucional y arbitraje *ad hoc* (según si es que las partes encargan a una institución la conformación del árbitro y administración del procedimiento, o bien, sea que las propias partes designen en forma directa o indirecta a los árbitros, sin que hayan reglas predeterminadas). También es posible que, en atención a la forma en que las partes de un conflicto se ven involucradas en un arbitraje, se distinga entre tres modalidades de arbitraje: voluntario, unilateral (o potestativo) y obligatorio.

Tomando en cuenta las modalidades expuestas, podemos afirmar que al arbitraje colectivo laboral en el Perú la doctrina general le atribuye como característica el ser un arbitraje de equidad. La razón sería que, de acuerdo con el artículo 65° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante: LRCT), el legislador habría determinado que en el modelo de arbitraje laboral peruano “los árbitros no deciden que norma aplicar, sino más bien resultan “creando derecho” con su laudo”.⁽⁷⁾

Por otro lado, encontramos que en rigor, el arbitraje colectivo laboral adopta la forma de arbitraje *ad hoc* pues el procedimiento arbitral se verá configurado en cada caso por el acuerdo de las partes –si ello es previsto en el compromiso arbitral– o por las normas legales que sean supletoriamente aplicables (como suele ocurrir en los arbitrajes potestativos). Sin embargo, esta última afirmación debe ser matizada pues el arbitraje colectivo laboral en Perú también contempla algunos elementos de la modalidad de arbitraje de tipo institucional, pues ciertas funciones de institución arbitral recaen en la Autoridad Administrativa de Trabajo (señaladamente: aquellas que tienen que ver con la designación de árbitros).⁽⁸⁾

En cuanto al hecho de que la LRCT contemple una modalidad potestativa

(7) CARRILLO, Martín. Elementos para un primer balance del arbitraje laboral en el Perú. Lima: ADEC-ATC, 1994, p. 5. Más adelante señalaremos porqué creemos que aunque es correcto que se trata de un arbitraje de equidad, ello no impide reconocer que, al menos en la etapa en la que el tribunal arbitral evalúa su propia competencia, existe una jurisdicción autónoma en los términos de la Constitución (segundo párrafo del inciso 1 del artículo 139).

(8) Como precisión terminológica, cabe destacar que al referirnos a la designación por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, nos referimos también a la designación de presidentes de tribunales arbitrales que en arbitrajes del sector público llevó a cabo un Consejo Especial, constituido por el Decreto Supremo N° 009-2012-TR, y que tuvo una composición multisectorial con participación de representantes de la sociedad civil. Actualmente dicho Consejo Especial se encuentra desactivado y el órgano encargado de asumir tales funciones se encuentra pendiente de ser constituido.

Conviene que más adelante retomemos este punto cuando, hacia el final de este trabajo, analicemos la forma de intervención que existe desde la Administración Pública en la conformación de los tribunales arbitrales de los arbitrajes potestativos.

de arbitraje, se ha cuestionado ello principalmente desde visiones contractualistas del arbitraje (tesis que, por cierto, han sido totalmente superadas por la jurisprudencia constitucional) y también desde una lectura parcial de pronunciamientos de la Organización Internacional de Trabajo. Sobre esto último, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado que:

“[...] el arbitraje impuesto a solicitud de una sola de las partes es contrario al principio de negociación voluntaria de los convenios colectivos establecido en el Convenio núm. 98 y, por consiguiente, a la autonomía de las partes en la negociación. No obstante, puede admitirse una excepción en aquellos casos en que existan disposiciones que, por ejemplo, permitan a las organizaciones de trabajadores iniciar este procedimiento para la firma del primer convenio colectivo; como la experiencia demuestra que el acuerdo del primer convenio colectivo es frecuentemente uno de los pasos más difíciles en el establecimiento de sanas relaciones profesionales, este tipo de disposiciones puede considerarse como mecanismos y procedimientos que facilitan la negociación colectiva»⁽⁹⁾.

Obsérvese que desde la perspectiva del órgano de control de OIT, la excepción se justifica a partir de las dificultades que pueden existir para que en un país determinado se desarrollen relaciones sindicales con negociaciones colectivas de buena fe, por lo que creemos que ello en nada impide que, atendiendo a una realidad nacional particularmente desfavorable para la negociación colectiva (como todavía ocurre legislativa e institucionalmente en el Perú), se planteen soluciones particularmente adecuadas a tal realidad. Ese es el caso del arbitraje potestativo, que, con base constitucional, tendría que ser apreciado desde el punto de vista del incentivo al desarrollo de negociaciones colectivas en términos de buena fe. (o “sanas relaciones profesionales” como afirma la propia OIT).

Si, dentro del ordenamiento jurídico peruano, solamente existieran el arbitraje colectivo laboral de tipo voluntario y de tipo obligatorio (de naturaleza excepcionalísima), sería posible que cuando una organización sindical enfrente la disyuntiva de iniciar un arbitraje o una huelga (opciones alternativas), el primero de esos caminos sea virtualmente inviable pues pudiera verse permanentemente boicoteado por quien, precisamente, se vea beneficiado por el *statu quo* que no se logre superar mediante negociación colectiva. Esto llevaría a que los conflictos colectivos laborales permanezcan irresueltos, configurándose una situación

(9) GERNIGON, Bernard, Alberto ODERO y Horacio GUIDO. Principios de la OIT sobre el derecho de huelga. Ginebra: OIT, 2000, p. 29.

contraria al modelo constitucional de relaciones colectivas de trabajo que perfila el artículo 28 de la Constitución. Frente a ello, desde el punto de vista de la política laboral, el arbitraje potestativo prescinde del concurso de voluntades concurrentes para que, cuando menos a instancia de una de ellas, se inicie el procedimiento arbitral. De esa manera, se ha privilegiado el resultado deseado, que no es otro que una solución definitiva para un conflicto activo entre dos sujetos colectivos laborales.

Queda claro que el arbitraje potestativo es una forma de solución de conflictos cuya raigambre puede encontrarse en principios democráticos que la Constitución Peruana establece. Así, este mecanismo cumple su función dinamizando las relaciones colectivas de trabajo hacia una mayor eficacia del derecho de negociación colectiva, al cumplir un “rol fundamental de ‘depuración’ de las prácticas en la negociación contrarias al principio de buena fe reconocido por el Tribunal Constitucional y el Comité de Libertad Sindical de la OIT”.⁽¹⁰⁾ En ese sentido, importa conceputar adecuadamente a esta modalidad de arbitraje, y con ese objetivo postulamos una definición sustentada en elementos que, en distintos momentos, y con ocasión de la solución de diversos casos sometidos a sus respectivas competencias, han merecido pronunciamientos del Tribunal Constitucional, del Poder Judicial y de la Autoridad Administrativa del Trabajo.

II. DEFINICIÓN DE LA ESPECIE: ARBITRAJE POTESTATIVO

A partir de la reciente pragmática del arbitraje potestativo en el Perú, podemos ensayar una definición integradora de los elementos que lo perfilan, tanto como forma de arbitraje en general y como forma específica de arbitraje colectivo laboral. Tras una primera recopilación de pronunciamientos jurisdiccionales y administrativos, se evidencia que el tema que nos ocupa posee una importancia indiscutible en nuestro sistema de relaciones colectivas de trabajo, encontrando rápidamente un lugar propio entre las instituciones de Derecho del Trabajo en el Perú.

En la opción metodológica que nos hemos propuesto, definimos al arbitraje potestativo no a partir de elementos comunes del arbitraje —aunque en algún caso estos elementos transversales estarán presentes— sino de sus elementos esenciales, resaltando sus atribuciones y características que lo diferencian del arbitraje voluntario. De la práctica arbitral, judicial y administrativa hemos identificado siete elementos que componen la definición del arbitraje potestativo que

(10) SÁNCHEZ, Christian. *El arbitraje potestativo en las relaciones colectivas de trabajo: un balance inicial*. Lima: documento inédito, 2013.

proponemos⁽¹¹⁾, los mismos que se interrelacionan dinámicamente para explicar los caracteres diferenciales del arbitraje potestativo con respecto al resto de mecanismos con los cuales comparte similar función instrumental.

1. Es un mecanismo de solución heterónoma de conflictos

En el Derecho del Trabajo peruano, cuando los esfuerzos en la negociación colectiva resultan insuficientes para lograr acuerdos –por no mencionar aquellos casos patológicos donde exista mala fe en la negociación– podrá hacerse intervenir a un tercero ajeno e imparcial al conflicto para que dé una solución vinculante para las partes. Al recurrir a esta forma institucional de solución del conflicto, una de las partes del mismo declina de lograr un determinado acuerdo mediante la autonomía colectiva, para iniciar el procedimiento arbitral.

El hecho de que la interposición del arbitraje se dé solamente por la voluntad de una de las partes no significa –desde nuestra perspectiva– que deba entenderse que se trata de una figura excepcional, como podría llegar a desprenderse de una lectura descuidada de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional⁽¹²⁾ y la Corte Superior de Justicia de Lima⁽¹³⁾. A partir de la propia posición del Alto Tribunal, expresada en su Resolución de fecha 10 de junio de 2010⁽¹⁴⁾, es posible entender que el uso del término excepcional en este caso se refiere a que la opción unilateral por el arbitraje supone el “apartamiento a la regla general” querida por la norma, que es la negociación libre y voluntaria.

Esta supuesta excepcionalidad no ha sido reiterada en la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, sino que al contrario, se ha validado la naturaleza del arbitraje potestativo como una modalidad entre los mecanismos heterocompositivos disponibles para los sujetos colectivos.⁽¹⁵⁾ Además, la tesis de la excepcionalidad del arbitraje potestativo ha quedado totalmente descartada por una

(11) Cabe advertir que algunos de los elementos que componen esta definición no son privativos del arbitraje potestativo, y perfectamente son predicables con respecto al arbitraje voluntario. En consecuencia, las referencias jurisprudenciales que utilizaremos no necesariamente se referirán al arbitraje potestativo.

(12) En la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de agosto de 2009, recaída en el expediente número 03561-2009-PA/TC, fundamento 15, se refiere que “No obstante, por excepción, cabe la posibilidad de que el nivel de la negociación colectiva pueda ser determinada por vía heterónoma (arbitraje) ante un organismo independiente a las partes [...]”.

(13) “[...] Resulta obvio que la solución de la contro versia mediante arbitraje constituye la última ratio, de una apuesta por la solución pacífica del conflicto”. Sentencia de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 1 de julio de 2013, recaída en el expediente número 00062-2012, fundamento 11.

(14) Recaída en el expediente número 03561-2009-PA/TC, fundamento 8.

(15) Nos referimos a la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de julio de 2013, recaída en el expediente número 02566-2012-PA/TC y a la del 21 de mayo de 2014, recaída en el expediente 3243-2012-PA/TC.

reciente sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República⁽¹⁶⁾, la misma que hace eco de la tesis que entiende al arbitraje potestativo como un mecanismo válido de solución de conflictos colectivos laborales⁽¹⁷⁾.

Es indiscutible que el arbitraje potestativo que fundamenta en el inciso 2 del artículo 28 de la Constitución de 1993, por lo que –en el marco de un sistema democrático de relaciones laborales– resultará siempre un mecanismo preferente a las formas excepcionales de intervención resolutoria en los conflictos laborales, tales como el arbitraje obligatorio (figura de *ultima ratio* en el Perú). En efecto, su vinculación con el principio de autonomía colectiva confiere al arbitraje potestativo preferencia si, llegado el caso, se interpone el arbitraje potestativo en forma simultánea o (inclusive) con posterioridad a una intervención resolutoria de la Administración Pública sobre un conflicto. De esa manera, un importante pronunciamiento administrativo indica que una forma de culminación de un arbitraje obligatorio es precisamente, la interposición del arbitraje potestativo por cualquiera de las partes involucradas en la controversia. En esa línea, la Autoridad Administrativa de Trabajo ha resuelto que, ante la concurrencia de su avocación como árbitro obligatorio –supuesto del artículo 68 de la LRCT– y la interposición de una de las partes del arbitraje potestativo, este último resulta preferible, pues “se debe privilegiar la potestad de las partes de someter el conflicto a un tribunal arbitral tomando en cuenta la naturaleza excepcional de la competencia asumida [por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo] como árbitro obligatorio”⁽¹⁸⁾.

Desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional, todo tipo de arbitraje debe ser concebido desde un enfoque *iuspublicista* pues ellos “forma[n] parte esencial del orden público constitucional”⁽¹⁹⁾. De hecho, el arbitraje es genéricamente definido como un *mecanismo alternativo de resolución de conflictos* y por tanto “se explica no como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustituto, sino como una alternativa que complementa el sistema

(16) Sentencia de fecha 13 de agosto de 2015, recaída en el proceso de acción popular número 5132-2014-LIMA, considerando vigésimo cuarto.

(17) En ese sentido, la sentencia anteriormente citada se apoya en doctrina que señala que “[...] 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” (AGUINAGA MEZA, Ernesto y Guillermo BOZA PRÓ. “El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del derecho constitucional a la negociación colectiva”. Revista Derecho PUCP, 2014, número 71, pp. 307, Lima).

(18) Auto Directoral General de fecha 25 de octubre de 2011, número 010-2011-MTPE/2/14, parte considerativa.

(19) Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de febrero de 2006, recaída en el expediente número 6167-2015-HC/TC, fundamento 11.

judicial, puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias, básicamente de orden patrimonial de libre disposición”⁽²⁰⁾.

De esa manera, se reconoce en el arbitraje potestativo la naturaleza del arbitraje colectivo laboral, que es diferente a la de los procedimientos administrativos o procesos judiciales que pueden utilizarse para fines similares. Pero también es cierto que, a partir del enfoque iuspublicista del arbitraje, su naturaleza jurídica heterocompositiva debe diferenciarse nítidamente de los otros llamados mecanismos alternativos de composición de conflictos colectivos. Así, arbitraje potestativo y voluntario comparten el hecho de tener en la figura del árbitro a un tercero decisor, pero difieren en que el primero es utilizado a partir de un acuerdo de partes, mientras que en el segundo la delegación a un tercero para que resuelva el conflicto se fundamenta en la invocación, por una de ellas, de normas heterónomas que le permiten activar el arbitraje (tal y como ocurre con quien activa al aparato judicial).

2. Un mecanismo de naturaleza colectiva y con sub modalidades

Tiene *naturaleza colectiva* y, específicamente, una *función bivalente* con respecto a la negociación colectiva. Con respecto a lo primero, es un tipo de procedimiento que vincula a los sujetos colectivos del Derecho Laboral (sindicato o grupo de ellos y empleador o grupo de ellos) para la generación de un producto: un laudo arbitral que resuelve un conflicto económico.

La relación del arbitraje potestativo con el Derecho Colectivo del Trabajo puede advertirse nítidamente en el “carácter imperativo para ambas partes” que tiene el laudo arbitral, según el artículo 66 de la LRCT. El laudo arbitral es un producto que, dado el procedimiento que lo genera y por sus características propias, resulta un sucedáneo del convenio colectivo de trabajo, según se reconoce en el artículo 70 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Por ello, esa imperatividad del laudo arbitral remite al contenido de la “fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado”, que el artículo 28.2 de la Constitución otorga a los convenios colectivos.

Muy a pesar de que existen opiniones que ven en el arbitraje potestativo un peligro para la negociación colectiva —por el que las organizaciones sindicales podrían verse incentivadas a preferir siempre la solución heterónoma de sus

(20) Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 21 de setiembre de 2011, recaída en el expediente número 00142-2011-PA/TC, fundamento 22. Como salvedad aquí, debe decirse que, si bien es cierto que en el ámbito laboral el componente patrimonial no agota el contenido de las propuestas en negociación colectiva (o en arbitraje), también lo es que los derechos e intereses patrimoniales sí ocupan un espacio importante dentro de la lógica de la negociación colectiva y de los conflictos colectivos laborales.

reclamos en vez de intentar el trato directo con el empleador—⁽²¹⁾ la jurisprudencia constitucional viene apuntalando al arbitraje potestativo como un “mecanismo de auxilio” de la negociación colectiva⁽²²⁾, pues favorece la solución de conflictos laborales de carácter económico⁽²³⁾. Por ello, puede considerársele como un remedio para supuestos en donde el derecho de negociación colectiva eficaz — es decir, llevada a cabo en términos de buena fe recíproca— se vea vulnerado en dos momentos señalados:

- a) Al momento de determinarse los presupuestos objetivos para que se lleve a cabo la negociación (su ámbito o su contenido). El caso paradigmático es, sin duda, la controversia sobre la determinación del nivel de negociación en el sector portuario, el mismo que fue resuelto por la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de agosto de 2009 (ya citada), donde se precisó que la falta de acuerdo sobre las partes sobre el nivel de negociación “deberá ser determinado por arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga” (artículo 3 de la parte resolutive) sin que se aplique el precepto del artículo 45 de la LRCT que reconducía el desacuerdo en ese extremo al nivel “de empresa” por resultar contrario a la Constitución.
- b) Cuando la negociación colectiva iniciada entre dos sujetos colectivos sea infructífera, siendo necesario que se resuelva el fondo de la controversia, sobre la base de la elección de una de las dos propuestas de convenio colectivo que presenten las partes del arbitraje, pudiendo matizar algún extremo de ellas (artículo 65 de la LRCT).

En ese sentido frente a la alegación de que en una negociación colectiva una entidad empleadora estatal había cometido actos de mala fe, el Comité de Libertad Sindical de la OIT aprobó la siguiente recomendación: “el Comité invita al sindicato querellante a que, si

(21) Por tordos: FERRO, Víctor. Crónica de una muerte anunciada. En: <<http://www.aperhu.com>>, página visitada en julio de 2013.

(22) Sentencia de fecha Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de agosto de 2009, recaída en el expediente número 03561-2009-PA/TC, fundamento 13.

(23) En ese sentido, se estaría promoviendo a la negociación colectiva, tal y como ordena la Constitución y en el mismo sentido que las normas internacionales preceptúan. Así, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado, en su observación referida al Convenio sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, 1949 (num. 98) - Perú (102º Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, de 2013), que en general los procedimientos regulados “deben promover en la mayor medida posible las negociaciones entre los interlocutores sociales sobre los problemas de determinación del nivel de la negociación y contar con la confianza de las partes”.

lo desea, recurra al arbitraje previsto en la resolución ministerial de 2011 para que se solucione el pliego de reclamos 2011-2012”⁽²⁴⁾.

Similar proceder ha adoptado la Autoridad Administrativa de Trabajo, que al resolver un procedimiento en particular, recomendó que “[...] cualquiera de las partes tiene reconocido el derecho a interponer el arbitraje potestativo –bajo la modalidad de desacuerdo en la primera negociación, en el nivel o en su contenido– obligando así a aquella parte contra la que se interpone este mecanismo a dar solución al desacuerdo sobre el nivel de negociación aplicable”⁽²⁵⁾.

Aquí se abren dos posibilidades:

- b.1 Que el arbitraje potestativo sea interpuesto por cualquiera de las partes bajo la invocación de la causal de mala fe en la negociación colectiva entablada (alegada como causal de su infructuosidad). Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional Peruano estableció, en el fundamento 22 de la sentencia de 17 de agosto de 2009, que algunos supuestos en los que puede considerarse afectado el derecho de negociación colectiva serían los siguientes:

«[...]»

- b. El empleador se niega a recibir a los representantes de los trabajadores o a negociar con ellos en los plazos y condiciones que establece la ley.
- c. El empleador ejerce presiones para obtener el reemplazo de los representantes de los trabajadores.
- d. El empleador ejecuta durante el proceso de la negociación colectiva acciones que revelen una manifiesta mala fe que impida el normal desarrollo de la negociación.
- e. El empleador ejerce fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante el procedimiento de negociación colectiva.

(24) 367° Informe del Comité de Libertad Sindical, de marzo de 2013. Caso número 2816 (Perú): Quejas contra el gobierno del Perú presentadas por el Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de SUNAT (SINAUT SUNAT) y la Central Autónoma de Trabajadores del Perú (CATP).

(25) Resolución Directoral General de fecha 13 de noviembre de 2012, número 14-2012/MTPE/2/14, considerando 12.5.

- f. El empleador realice cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar o hacer imposible la negociación colectiva”.
- b.2 Que los trabajadores interpongan el arbitraje potestativo tras superarse la negociación directa o conciliación, al amparo del artículo 61 de la LRCT. En este punto, debe destacarse que las normas de la LRCT nada dicen sobre la mala fe como causal para la interposición del arbitraje potestativo. En el fundamento 5 de su sentencia de 17 de agosto de 2009, el Tribunal Constitucional convalidó e hizo suya la interpretación de que la LRCT contempla una regulación que prescinde de la alegación de una causa por la parte trabajadora, basando en dicho supuesto que las partes no lleguen a un acuerdo en negociación directa (tal y como refiere el artículo 61 de la LRCT).

Pues bien, en el nivel reglamentario, el artículo 61-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR contiene una regulación que, en principio, recoge solamente a algunas de las especies dentro del género de vulneraciones al derecho a la negociación colectiva (entendido este derecho dentro de los términos de la buena fe que ha reconocido abiertamente el Tribunal Constitucional). Pero debe decirse que resulta evidente que el artículo 61-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR no restringe al arbitraje potestativo a esos dos únicos supuestos (pues por jerarquía normativa no tiene aptitud para hacerlo). Tan solo procedimentaliza la interposición en dos supuestos (quizá los más comunes), sin que por ello sea posible argumentar que se trate de una regulación que deje sin lugar al arbitraje potestativo que la Ley prevé desde 1992 para los supuestos de negociación infructuosa⁽²⁶⁾.

Entonces, la norma reglamentaria se ocupa de *procedimentalizar* la etapa prearbitral de dos especies de éstas vulneraciones:

- El desacuerdo⁽²⁷⁾ entre las partes sobre el nivel o el contenido *en la primera negociación*. El contraste aquí radica en que, en su sentencia

(26) Esta relación de complementariedad entre el arbitraje potestativo regulado en el artículo 61 de la LRCT y el añadido por el DS 014-2011-TR es interpretado en forma distinta por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, la misma que, en la Sentencia emitida en la Acción popular del expediente 5132-2014-LIMA sostuvo que la norma reglamentaria “[...] ha procedido a precisar, desarrollar y asegurar la efectividad y/u operatividad de la ley”. De esa manera, para la Corte Suprema la relación entre ambas regulaciones es suplementaria, posición de la que nos permitimos discrepar pues, como hemos explicado, nos encontramos ante sub modalidades de arbitraje potestativo de función distinta.

(27) La modificación del inciso a) del artículo 61-A del Reglamento de la LRCT (efectuado por el Decreto Supremo 013-2014-TR) fijó un plazo forzoso de tres meses, dentro de los cuales la “negociación” (o tratativa para negociar) resulte infructuosa.

de 17 de agosto de 2009, el Tribunal Constitucional dejó a entrever que el arbitraje potestativo para la dilucidación del nivel de negociación no solamente puede ser interpuesto en la primera de las negociaciones: “[...] Corresponde precisar que el arbitraje a través del cual deberá decidirse el nivel de negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleador [...] es de carácter potestativo” (fundamento 8). Esto es reiterado en la parte resolutive de la misma sentencia.

- La realización –en el marco de una negociación colectiva– de actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo. En este supuesto, por la vía de la interpretación, sí existe correspondencia entre el criterio del Tribunal Constitucional y la norma reglamentaria. Cabe destacar aquí que los supuestos de mala fe en la negociación enunciados por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 17 de agosto de 2009 fueron recogidos y ampliados en el artículo 1 de la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR, en un listado que tampoco tiene carácter taxativo⁽²⁸⁾.

Todo esto implica que el arbitraje potestativo es una modalidad de arbitraje colectivo laboral que admite sub modalidades para fines específicos, todos ellos relacionados con el auxilio al derecho constitucional de negociación colectiva.

Teóricamente, bien podría ocurrir que en un caso se sucedan dos de estas sub modalidades de arbitraje potestativo –es decir, dos arbitrajes distintos– dada

(28) Entre los actos de mala fe tipificados con carácter ejemplificativo, se tiene a los siguientes tipos: a) la negativa de recibir el pliego que contiene el proyecto de convenio colectivo de la contraparte, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable. Asimismo, La negativa a recibir el pliego de reclamos a través de la Autoridad Administrativa de Trabajo; b) negarse a proporcionar la información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinentes de la empresa, en la medida en que la entrega de tal información no sea perjudicial para ésta; c) negarse a entregar la información acordada por las partes o precisada por la Autoridad Administrativa de Trabajo; d) no guardar reserva absoluta sobre la información recibida siempre que la misma no sea de carácter doloso o a negociar en los plazos y oportunidades establecidas en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento; e) ejercer presión para obtener el reemplazo de los integrantes de la representación de los trabajadores o del empleador; f) ejercer fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante el procedimiento de negociación colectiva; g) los actos de hostilidad ejercidos contra los representantes de los trabajadores o los trabajadores afiliados al sindicato; h) el incumplimiento injustificado de las condiciones acordadas por las partes para facilitar la negociación; i) cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar, dilatar, entorpecer o hacer imposible la negociación colectiva; j) ejecutar actos de injerencia sindical, tales como, intervenir activamente en la organización de un sindicato; ejercer presiones conducentes a que los trabajadores ingresen a un sindicato determinado; discriminar entre los diversos sindicatos existentes otorgando a unos y no a otros, injusta y arbitrariamente, facilidades o concesiones extracontractuales; o condicionar la contratación de un trabajador a la firma de una solicitud de afiliación a un sindicato o de una autorización de descuento de cuotas sindicales por planillas de remuneraciones; y, l) discriminar entre trabajadores con el fin exclusivo de incentivar o desestimar la afiliación o desafiliación sindical.

la naturaleza flexible y no preclusiva de las etapas de la negociación colectiva. El primero de dichos arbitrajes podría ser invocado para establecer el nivel de la negociación; mientras que el segundo de ellos podría ser invocado por una de las partes para resolver la negociación que, llevándose a cabo bajo los parámetros de lo laudado en la primera (en cuanto al contenido o nivel aplicables), hubiera devenido en infructuosa.

3. Un mecanismo alternativo al ejercicio del derecho de huelga que se ejecute en el marco de una negociación colectiva

En el supuesto típico quien suele interponer el arbitraje potestativo es la parte trabajadora, que tiene, en el contexto de la negociación colectiva, la opción de elegir si utiliza la medida de fuerza o el mecanismo arbitral para solucionar el conflicto colectivo. Dentro del marco de promoción de formas de solución de conflictos laborales (artículo 28 de la Constitución peruana), se ofrecen mayores opciones para la solución de las negociaciones de sus pliegos de reclamos, pues gracias a esta relación de *alternatividad* las organizaciones de trabajadores “[...] cuentan con el incentivo de poder optar por el arbitraje como medio de solución, sin requerir de la aquiescencia del empleador”.⁽²⁹⁾

El que el arbitraje potestativo sea alternativo con respecto al derecho de huelga explica que se caracterice por su interposición unilateral, pues si los empleadores no estuvieran sujetos a la opción de los trabajadores de acudir al arbitraje solamente quedaría la huelga como única posibilidad, lo que –en los términos del Tribunal Constitucional– vaciaría de contenido a dicho derecho fundamental⁽³⁰⁾. La Corte Suprema de Justicia de la República ha explicado la relación alternativa en forma correcta, al explicar que “si bien el derecho de huelga está reconocido y debe ser protegido por el ordenamiento jurídico, el Estado no lo promueve; obliga más bien, a promover los mecanismos de solución de conflictos y que estos lleguen a buen término”⁽³¹⁾.

Como consecuencia de la relación alternativa entre uno y otro mecanismo se tiene que, si la representación de los trabajadores hubiera decidido utilizar la huelga en el contexto de la negociación colectiva, luego ellos solamente podrían proponer a la parte empleadora el arbitraje voluntario, pues “dicha variación sucesiva

(29) Sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 9 de mayo de 2012, fundamento 8.

(30) Vid. Resolución del Tribunal Constitucional de 10 de junio de 2010, recaída en el expediente número 03561-2009-PA/TC, fundamento 8.

(31) Sentencia emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, en el proceso de acción popular del 13 de agosto de 2015, recaída en el expediente 5132-2014-LIMA, considerando 28.

en la elección del medio supondrá inexorablemente la modificación del tipo de arbitraje laboral al cual se halle sujeto en el futuro el empleador [...]”⁽³²⁾. Lamentablemente, esa misma congruencia no se advierte en la modificación de la norma reglamentaria del arbitraje potestativo causalizado por el artículo 61-A –operada por el DS 013-2014-TR– la misma que añadió a la modalidad de arbitraje potestativo por desacuerdo en el nivel o contenido de la primera negociación el que se deban contar tres meses forzosos de tratativas. Analizada esta adición normativa desde sus efectos, se advierte que en los hechos limitaría también el ejercicio del derecho de huelga por un trimestre, pues su ejercicio viciaría la posibilidad de que el sindicato actuante pudiese optar por el arbitraje potestativo. Consideramos que ese plazo adicional no protege un bien jurídico o derecho tutelable que, al menos en la generalidad de casos, sustente una limitación temporal como la expuesta.

Por otro lado, bajo la óptica del Tribunal Constitucional, la relación de *alternatividad* entre ambos medios evita que el empleador se vea sometido a lo que se consideraría “una imposición extremadamente gravosa, y por ende, irracional y desproporcionada, consistente en mantener dos medidas, una pacífica y una de fuerza, para lograr un mismo objetivo en la vía de la negociación colectiva, lo que sería inconstitucional”⁽³³⁾. Deben distinguirse tres supuestos aquí:

- i) La coexistencia de una medida de fuerza y la interposición del arbitraje potestativo;
- ii) La interposición de un arbitraje potestativo tras la adopción de una medida de fuerza, en el marco de una negociación colectiva; y
- iii) La interposición de un arbitraje potestativo tras la adopción de una medida de fuerza fuera del marco de una negociación colectiva.

A nuestro entender, solamente el primer y segundo supuestos estarían vedados y requieren de la voluntad del empleador de acudir a un procedimiento arbitral. El tercer supuesto no necesariamente estaría sujeto a la regla del artículo 63 de la LRCT, pues bien podría ocurrir que por una huelga se hubiera logrado resolver alguna cuestión incidental o inclusive previa a la negociación, y recién ante la mala fe dentro del proceso de negociación colectiva se interponga un arbitraje potestativo para la solución definitiva del conflicto.

De otro lado, el que huelga y arbitraje potestativo sean *medios* alternativos

(32) Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de julio de 2013, recaída en el expediente número 02566-2012-PA/TC, fundamento 18.

(33) Ibid.

entre sí determina necesariamente que la interposición del arbitraje potestativo por el empleador, cuando la organización de trabajadores ejecuta una medida de fuerza, sea improcedente. Esto es así debido a que “[...] acudir a un arbitraje durante una huelga constituye una decisión que únicamente corresponde a los trabajadores que la vengan ejecutando”⁽³⁴⁾. En última instancia, cuando no sea tan clara la relación entre una huelga y la interposición de arbitraje potestativo por la parte empleadora, el tribunal arbitral que pudiera conformarse tendrá la obligación de controlar que, en un caso concreto, el arbitraje potestativo no sea utilizado para enervar el ejercicio legítimo del derecho de huelga.

Como es sabido, el artículo 73 de la LRCT impone un control administrativo de carácter formal ex ante para la procedencia de las huelgas. Si la pretendida medida de fuerza no fuera convalidada por la autoridad administrativa de trabajo, surge la interrogante acerca de si podría existir un conflicto entre el pretendido ejercicio del derecho constitucional de huelga y la simultánea activación de la jurisdicción arbitral, por la parte empleadora. En un caso de ese tipo, la Autoridad Administrativa de Trabajo resolvió que con la interposición del arbitraje por la parte empleadora “[...] no se lesiona el derecho de huelga, pues las sucesivas declaratorias de huelga efectuadas por el sindicato han sido calificadas como “improcedente” e “ilegal” [...]”⁽³⁵⁾.

4. Un mecanismo bilateral de interposición unilateral

Como primera consecuencia de que el arbitraje potestativo tenga fuente heterónoma, cabe señalar su *unilateralidad en cuanto a su interposición*: puede hacerlo la representación de los trabajadores o la parte empleadora. Sin embargo, cabe diferenciar los supuestos de arbitraje potestativo interpuestos al amparo del artículo 61 de la LRCT (al fracaso de la negociación directa o la conciliación) de los interpuestos al amparo de las causales del artículo 61-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR. En los primeros, basta la voluntad de una de las partes para que la contraria se vea vinculada a acudir al arbitraje.⁽³⁶⁾ En el segundo caso, la pro-

(34) Auto Directoral General de fecha 11 de noviembre de 2011, número 014-2011-MTPE/2/14, considerando 8.

(35) Auto Directoral General de fecha 31 de octubre de 2012, número 31-2012-MTPE/2/14.

(36) Este es el aspecto más resaltado por la doctrina nacional, al momento de definir al arbitraje potestativo. “El entender del arbitraje laboral como una solución potestativa de las partes o incluso ejercida conjuntamente por ambas, resuelve, a nuestro juicio, de mejor manera el sentido constitucional de fomentar soluciones pacíficas al conflicto colectivo”. DE LOS HEROS, Alfonso. “El arbitraje en la relación laboral privada y en la relación colectiva de trabajo”. En Arbitraje. Ponencias del segundo Congreso Internacional de Arbitraje. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2009, p. 132. En sentido similar, consúltense en: BLANCAS, Carlos. «La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva». En Soluciones Laborales. Número 46. Octubre, 2011. Lima. pp. 14-15. También: BOZA, Guillermo. Lecciones de Derecho del Trabajo. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011. p. 83.

cedencia del arbitraje deberá ser evaluada por el tribunal arbitral que se conforme, el mismo que determinará su propia competencia en el procedimiento arbitral.

La unilateralidad de la interposición del arbitraje potestativo es la característica más resistida por sus críticos, que suelen argumentar que el Decreto Supremo N° 014-2011-TR habría “introducido” esta figura en el ordenamiento. Sin embargo, la lectura atenta de los artículos 61 y 63 de la LRCT solamente lleva a la conclusión de que la legislación peruana ha contemplado –nada menos que desde 1992– la figura del arbitraje potestativo. A ese marco normativo cabe añadir las normas contenidas en su Reglamento, Decreto Supremo N° 011-92-TR, y fundamentalmente el artículo 61-A, que fue incorporado por el mencionado Decreto Supremo N° 014-2011-TR⁽³⁷⁾.

El Tribunal Constitucional ha interpretado que “[...] el arbitraje al que hace alusión el artículo 61 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, 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”.⁽³⁸⁾ En otras palabras, así como el legítimo ejercicio del derecho de huelga prescinde de la voluntad del empleador, tampoco se requiere que acepte acudir al arbitraje potestativo interpuesto por la parte trabajadora, pues “[...] el empleador no necesita aceptar voluntariamente el arbitraje sino que está obligado a someterse al mismo; en armonía con lo dispuesto por el artículo 28 inciso 2 de la Constitución”.⁽³⁹⁾ Todo lo seña-

(37) Debe destacarse que, contrariamente a un error muy difundido en el mundo empresarial, el Decreto Supremo N° 014-2011-TR “no crea ningún marco normativo nuevo, sino que ha tenido por objeto desarrollar y precisar obligaciones existentes en la Ley”. Sentencia de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 1 de julio de 2013, recaída en el expediente número 00062-2012, fundamento 18.

En ese sentido, BOZA, Guillermo y Miguel CANESSA refieren que, desde la vigencia de la LRCT, inicialmente el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo entendió que el arbitraje allí regulado era el potestativo, criterio que desde 1995 fue dejado de lado a favor del arbitraje voluntario. “Relaciones colectivas de trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal”. En Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. Lima: OIT, 2000, p. 222.

La importancia que tiene el Decreto Supremo N° 014-2011-TR, junto con los pronunciamientos del TC sobre arbitraje potestativo, radica en que permitió superar un momento en el que “[...] la posibilidad del arbitraje había quedado vedada; reviviendo a partir de los instrumentos jurisprudenciales y reglamentarios mencionados para los supuestos en que no exista acuerdo sobre el nivel o contenido negocial y para cuando se corroboren actos de mala fe en el proceso de negociación colectiva”. MELÉNDEZ, Willman. Los procedimientos arbitrales en el marco de la intervención administrativa en las relaciones colectivas de trabajo. Lima: documento inédito, 2012.

(38) Resolución del Tribunal Constitucional de 10 de junio de 2010, recaída en el expediente número 03561-2009-PA/TC, fundamento 8. Este mismo criterio fue reiterado en el fundamento 10 de la Sentencia del 21 de mayo de 2014, recaída en el expediente número 3242-2012-PA/TC.

(39) Sentencia de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 1 de julio de 2013, recaída en el expediente número 00062-2012, fundamento 15.

lado apunala el carácter bilateral del mecanismo del arbitraje potestativo, por más que su acto de inicio sea unilateral.

5. Un mecanismo con reglamentación supletoria

Una segunda consecuencia de que la fuente del arbitraje potestativo sea heterónoma es el hecho de que la legislación laboral y arbitral ofrezca a las partes una *reglamentación supletoria heterónoma* (que bien puede sustituir al convenio arbitral que en el arbitraje voluntario constituye al procedimiento y lo reglamenta). En caso de que las partes del arbitraje potestativo no acuerden algo distinto, resultará aplicable el procedimiento reglado en la LRCT y su Reglamento, normas donde se regulan aspectos fundamentales como la forma en que se compondrá el órgano arbitral –que estará compuesto por tres árbitros–⁽⁴⁰⁾ hasta aspectos accesorios como la forma en que se pagarían los honorarios de los árbitros si tampoco se lograra un acuerdo en dicho extremo. En caso de cualquier vacío, resulta aplicable como norma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, “Decreto Legislativo que norma el arbitraje”, donde se contemplan aspectos importantes como el procedimiento de recusación de árbitros, por ejemplo.

Un aspecto importante para el inicio del procedimiento, teniendo en cuenta que el arbitraje potestativo es de interposición unilateral, radica en que esta modalidad arbitral prescinde de la exigencia de que en su origen provenga de un acuerdo privado denominado “convenio arbitral” o “compromiso arbitral” (según la terminología empleada por el Decreto Legislativo N° 1071, y por el Reglamento de la LRCT)⁽⁴¹⁾, pudiendo incluso prescindirse de dicho acuerdo en todo el procedimiento arbitral. Por eso, la reglamentación supletoria cobra mucha importancia para la efectividad del arbitraje potestativo, pues por la propia naturaleza de este mecanismo, no será infrecuente que entre las partes exista un alto nivel de conflictividad.

Si no existiera una reglamentación supletoriamente aplicable, de nada serviría que una de las partes tenga la prerrogativa de atraer a su contraparte a la instancia arbitral, pues el procedimiento se entraparía en una anomia que convertiría

(40) A diferencia de los arbitrajes voluntarios, donde es posible que el compromiso arbitral establezca a un árbitro unipersonal, en los arbitrajes potestativos se exige que haya un tribunal conformado por tres árbitros.

(41) Ya que hemos definido al arbitraje potestativo a raíz de la unilateralidad en su interposición, si aconteciera que el convenio arbitral fuera suscrito con posterioridad a su interposición por una de las partes, tal hecho no permitiría entender que se habría cambiado a una modalidad de arbitraje voluntario. En ese sentido, se ha sostenido que “[...] la suscripción del compromiso arbitral se ajusta tanto al arbitraje voluntario como potestativo, con la diferencia que en este caso, proviene de una fuente autónoma, a diferencia del arbitraje por el Decreto Supremo [014-2011-TR] que proviene de fuente heterónoma”. Sentencia de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 1 de julio de 2013, recaída en el expediente número 00062-2012, fundamento 17.

al arbitraje potestativo en inútil. De hecho, la doctrina ha dado cuenta ya de que a mediados de los años noventa del siglo pasado, el arbitraje potestativo perdió eficacia en el Perú (requisito indispensable para la validez de cualquier mecanismo procesal) debido a que “[...] un importante número de solicitudes de arbitraje presentados por los trabajadores no [lograban] arribar a la suscripción del compromiso arbitral [...]”.⁽⁴²⁾

6. Un mecanismo con autonomía jurisdiccional, en los términos de la Constitución peruana

Otra característica que puede atribuirse al arbitraje potestativo es la *jurisdiccionalidad* de la resolución de su procedencia, cuando se trata de una interposición diferente de la reglada en el artículo 61 de la LRCT, vale decir, cuando se alegan las causales establecidas en el artículo 61 del Decreto Supremo N° 011-92-TR.

Desde su raíz etimológica, la jurisdicción es entendida como “declarar el derecho” (lo que no correspondería con la solución de conflictos de orden económico, donde se crea “crea el derecho”). Por ello, al identificarse al arbitraje colectivo laboral como un tipo de arbitraje de equidad (tal y como hemos señalado al inicio) podría parecer polémico atribuirle precisamente la *jurisdiccionalidad* al menos a una de sus etapas. Y es que, como forma de arbitraje de equidad, se concibe al arbitraje colectivo laboral no como un sucedáneo de la jurisdicción, sino de la negociación entre las propias partes⁽⁴³⁾.

A pesar de la validez de esta observación, hay que notar que en el Perú al arbitraje potestativo se le aplican ciertos principios y derechos de la función jurisdiccional –artículo 139 de la Constitución– atribuyéndosele al procedimiento arbitral la independencia y la observancia del debido proceso (tercer inciso) y la motivación de sus resoluciones (quinto inciso). Esto diferencia al sistema de solución extrajudicial de conflictos laborales peruano de otros ordenamientos, que se sujetan a sus marcos constitucionales. Por ejemplo, en el caso el español, el árbitro “no despliega en su función un mandato jurisdiccional sino que el laudo dictado por él produce un efecto de equivalencia jurisdiccional”⁽⁴⁴⁾. Otro tanto ocurre en Italia, donde se reserva el “carácter jurisdiccional” al llamado *arbitrato rituale* –donde las partes deciden que el laudo tenga el valor de una sentencia judicial– en desmedro del *arbitrato irrituale*, que, también siendo voluntario, se

(42) BOZA, Guillermo y Miguel CANESSA. Op. cit.

(43) Vid. PASCO, Mario. “El arbitraje en materia laboral y el amparo constitucional”. En Revista Peruana de Derecho Constitucional, número 4, 2011, p. 134, Lima.

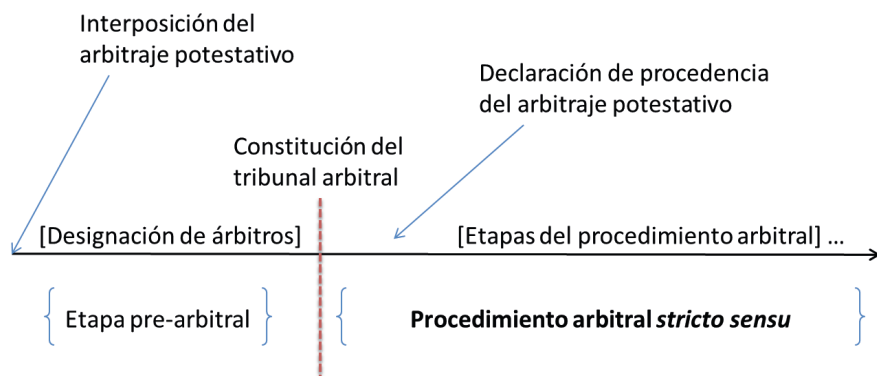
(44) MERCADER, Jesús. “Relaciones laborales y solución extrajudicial de controversias”. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 11, pp. 92-93.

asemeja más a un contrato de mandato por el cual los árbitros otorgan una solución a las partes con el mismo valor contractual que un acuerdo entre ellas hubiera tenido⁽⁴⁵⁾. Como vemos, desde la política legislativa, existe multiplicidad de opciones por las cuales el arbitraje laboral podría articularse dentro del sistema de justicia.

Creemos que la legislación peruana de Derecho Colectivo del Trabajo no contempla una forma pura de arbitraje de equidad. Esto es evidente en el caso de los arbitrajes potestativos donde la competencia arbitral puede presentarse como una cuestión jurídicamente controvertida. Recuérdese que, según la definición que postulamos, el arbitraje potestativo previsto en el artículo 61-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR no es, en rigor, un arbitraje unilateral en cuanto al procedimiento (no se llega al arbitraje por la sola voluntad de una de las partes) sino que lo es en cuanto a la interposición del mismo, pues un tribunal arbitral resolverá, en definitiva, la procedencia del arbitraje propuesto por una de las partes, tal y como se puede apreciar a continuación:

Gráfico único

Etapas prearbitral y procedimiento arbitral en arbitraje potestativo interpuesto al amparo del artículo 61-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR



Elaboración: Luis Mendoza Legoas, 2013

Entonces, la resolución inicial del arbitraje potestativo –que declara su procedencia o improcedencia, con arreglo a la causal alegada del 61-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR– tiene naturaleza jurisdiccional y se le reconocen las atribuciones de la jurisdicción.

(45) GONZALEZ, Francisco. “La naturaleza jurídica del arbitraje: un ejercicio de balanceo químico”. Lima Arbitration, N° 2, pp. 211-212.

El órgano colegiado resuelve su competencia para conocer un caso concreto, basándose en normas jurídicas que son interpretadas con ocasión de un conflicto de carácter económico. Por ejemplo, el tribunal arbitral de un arbitraje potestativo por causal de mala fe en la negociación se hará las siguientes preguntas: ¿existió disposición de la parte llevada al arbitraje para entablar trato directo? ¿Se entregó información económica y financiera oportunamente? La respuesta que esas interrogantes reportarán un razonamiento muy distinto del propio del arbitraje de equidad. El tribunal arbitral determinará si hubo o no vulneración al derecho de negociación colectiva en términos de buena fe, lo que permitirá que dicho órgano colegiado atribuya como consecuencia jurídica la procedencia o la improcedencia del arbitraje potestativo interpuesto de acuerdo con el artículo 61-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR.

Tal y como se desprende del primer inciso del artículo 139 de la Constitución, la jurisdicción arbitral se define por su independencia y su enfoque publicista. Entonces, la resolución arbitral que se pronuncia sobre la procedencia del arbitraje potestativo conforma al *orden público constitucional* –como ha referido la jurisprudencia constitucional– de tal forma que sus fines son tanto subjetivos (busca proteger intereses de las partes) como objetivos (aseguran la supremacía normativa de la Constitución y, por lo tanto, de los derechos fundamentales)⁽⁴⁶⁾.

De otro lado, más allá de los supuestos de evaluación de la competencia por el propio tribunal arbitral, creemos que nuestro planteamiento sobre la jurisdiccionalidad puede llegar aún más allá en el marco de los arbitrajes colectivos laborales.

El atributo de la jurisdiccionalidad tiene importantes consecuencias en el orden de las decisiones que puede adoptar el árbitro o tribunal arbitral. En primer lugar, los árbitros pueden ejercer el control difuso de constitucionalidad sobre las normas que son aplicables al caso, “[...] siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes”⁽⁴⁷⁾. Otra de las consecuencias del carácter jurisdiccional del arbitraje colectivo laboral –que, dadas las características de *unilateralidad* y *alternatividad con respecto a la huelga*, resulta muy importante dentro del procedimiento del arbitraje potestativo– radica en que el análisis preliminar sobre su procedencia será evaluada y

(46) Este enfoque de las teorías subjetiva y objetiva de la función jurisdiccional como fundamento del principio de *kompetenz-kompetenz* es desarrollado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de fecha 28 de febrero de 2006, recaída en el expediente número 6167-2015-HC/TC, fundamentos 11 a 14, inclusive.

(47) Fundamento 26 de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 21 de setiembre de 2011, recaída en el expediente número 00142-2011-PA/TC.

resuelta por el tribunal arbitral que en cada caso se constituya, en forma definitiva, y sin interferencia de cualquier otra autoridad, sea jurisdiccional, o administrativa.

El Tribunal Constitucional ha dejado claro que la jurisdicción del arbitraje otorga a los tribunales arbitrales “plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral [...] con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*”.⁽⁴⁸⁾ En sentido concurrente, en sede judicial se ha sostenido que “[...] la imposición del arbitraje como vía de solución de conflictos, no debe nacer [...] de la voluntad del juzgador, sino de la voluntad de la ley (arbitraje potestativo), la cual es la única capaz de imponer el arbitraje como vía de solución a los sujetos. Además, una imposición de esa naturaleza vulneraría el principio *kompetenz-kompetenz*, según el cual la determinación de la competencia de los árbitros para resolver un conflicto corresponde inicialmente a ellos”.⁽⁴⁹⁾

Como se ve, el intervencionismo jurisdiccional sobre las materias del arbitraje colectivo laboral en el Perú encuentra límites que están contruidos nada menos que desde la propia Constitución. Así, la impugnación judicial de cuanto quiera cuestionarse en el procedimiento arbitral únicamente puede hacerse con respecto a su producto final: el laudo arbitral. Así, se descarta la posibilidad de que se pueda cuestionar en vía judicial o administrativa la resolución que declara la procedencia o improcedencia de un arbitraje potestativo. En forma referencial, cabe indicar que en la vía ordinaria, de acuerdo con el artículo 66 de la LRCT, lo decidido en el laudo arbitral es inapelable y su impugnación solamente es procedente por nulidad, ante la Sala Laboral de la Corte Superior.

Con respecto a la jurisdicción constitucional, el Tribunal Constitucional estableció, en el fundamento 21 de su Sentencia de fecha 21 de setiembre de 2011 (citada extensamente en este trabajo) que son supuestos de procedencia del amparo arbitral: la vulneración directa de precedentes establecidos por el propio Tribunal

(48) Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de febrero de 2006, recaída en el expediente número 6167-2005-PHC/TC, fundamento 14.

De otro lado, en sede administrativa, una empresa pretendió que la Autoridad Administrativa de Trabajo suspenda la designación de un árbitro (en el marco de un arbitraje potestativo interpuesto bajo la causal de mala fe en la negociación colectiva) “[...] por haber recurrido ella al Poder Judicial con el objeto de que se declare ineficaz la interposición del arbitraje potestativo efectuada por el sindicato [...]”. [Sin embargo] la mala fe negocial de la contraparte, como elemento que otorga legitimidad para interponer el arbitraje, debe ser analizada por el tribunal arbitral a su instalación. No así por el Poder Judicial [...]”. Auto Directoral General de fecha 11 de junio de 2012, número2012-MTPE/2/14, considerandos 17 a 19.

(49) Sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 9 de mayo de 2012, fundamentos 11 y 12.

o el ejercicio de control difuso sobre una norma cuyo arreglo con la Constitución haya sido declarado a través de un proceso constitucional. En ambos casos, se impone como carga al agraviado el haber presentado un reclamo expreso frente al tribunal arbitral, el mismo tendría que ser desestimado para la procedencia del amparo arbitral. De acuerdo con el citado pronunciamiento del Tribunal Constitucional, un supuesto adicional de procedencia es el de los casos en donde su interposición la haga un tercero que no forme parte de la relación jurídica procesal del arbitraje.

De otro lado, en la vía administrativa se ha afirmado que:

“[...] no corresponde a la Autoridad Administrativa del Trabajo determinar la procedencia o improcedencia del arbitraje potestativo, pues de hacerlo estaría contradiciendo el principio de *kompetenz-kompetenz*, según el cual los árbitros son los llamados a determinar su competencia y autoridad hacia el procedimiento arbitral [...] Más aún, un acto de tal naturaleza, por parte de la Autoridad Administrativa del Trabajo, implicaría la posibilidad de acceder a la justicia por parte de los privados, lo que sería un acto inconstitucional, en tanto se estaría afectando directamente el derecho a la tutela jurisdiccional, la cual es desarrollada de modo alternativo por el arbitraje”.⁽⁵⁰⁾

Aún más, debe destacarse que la Autoridad Administrativa de Trabajo ha entendido que la etapa prearbitral (en donde ella puede tener alguna participación mediante la designación de algún árbitro) es diferente de los procedimientos administrativos. Así, se ha afirmado que “[...] la interposición del arbitraje potestativo no se adscribe a un procedimiento administrativo, sino que inicia un mecanismo privado de solución de controversias en donde la administración pública del trabajo no tiene más que un rol subsidiario [...]”.⁽⁵¹⁾

Por último, debe señalarse que en un caso en el que el TC ha resuelto que no procede la interposición de un amparo contra resoluciones arbitrales que decretan la procedencia del arbitraje potestativo, al tener dicho producto jurisdiccional una naturaleza distinta a la del laudo. Por tal motivo, las resoluciones que desestiman el inicio de un arbitraje potestativo solo pueden ser cuestionadas al interior del propio proceso arbitral y ante el Tribunal Arbitral conformado a dicho efecto.⁽⁵²⁾

(50) Resolución Directoral General de fecha 18 de enero de 2012, número 001-2012-MTPE/2/14, considerando 17.

(51) Auto Directoral General de fecha 10 de octubre de 2012, número -2012-MTPE/2/14, considerando 21.

(52) Vid. Sentencia de fecha 20 de noviembre de 2013, recaída en el expediente 06001-2013-PA/TC, funda-

7. Un mecanismo en el que la autoridad administrativa de trabajo cumple un papel supletorio importante

Finalmente, el arbitraje potestativo presenta como característica una importante *intervención de la autoridad administrativa de trabajo en la conformación de los tribunales arbitrales*. Esta característica se deriva de algo que adelantamos al inicio de este trabajo: en el Perú, el arbitraje colectivo laboral –y señaladamente el arbitraje potestativo procedimentalizado a través de la incorporación del artículo 61-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR– es un tipo de arbitraje *ad hoc* que incorpora elementos típicos de la modalidad de arbitraje institucional.

Las reglas supletorias de procedimiento, a las que se ha hecho referencia antes, establecen el principio de libertad de reglamentación del arbitraje. Pero como en los arbitrajes potestativos es natural que no exista reglamentación privada del procedimiento, e incluso es posible que ni siquiera exista un compromiso arbitral –ya que una de las partes no accede voluntariamente al procedimiento arbitral– la ley interviene decisivamente en este aspecto. En lo que nos interesa destacar aquí, esta intervención permite asegurar el inicio del arbitraje, mediante la conformación del órgano jurisdiccional arbitral. La designación a cargo de la autoridad administrativa de trabajo, en defecto de aquella que debe realizar una de las partes del arbitraje, “suple la voluntad de la parte omisa en su designación, asumiendo la misma naturaleza y los mismos efectos jurídicos”.⁽⁵³⁾ Si esto no fuera así o si existiera un retraso exagerado de parte de la autoridad administrativa, se perjudicaría el acceso a la justicia de la parte interesada en impulsar el arbitraje, tal y como han expresado el Comité de Libertad Sindical y el Consejo de Administración de OIT⁽⁵⁴⁾.

Originalmente, las normas que regulaban la intervención administrativa en la designación de árbitros eran los artículos 64 de la LRCT y 46 a 52 de su Reglamento. Algunas de estas normas han sido modificadas o derogadas tácitamente por el Decreto Supremo N° 014-2011-TR y otras normas posteriores.

Las disposiciones de intervención administrativa modificadas se refieren a la competencia para designar a presidentes de tribunales arbitrales en conflictos donde el empleador sea una o varias empresas privadas. El artículo 51 de la LRCT originalmente establecía la competencia en función de un criterio territorial

mento número 4.

(53) Resolución Directoral General de fecha 18 de enero de 2012, número 001-2012-MTPE/2/14, considerando 16.

(54) Nos referimos al Informe núm. 370, de octubre de 2013 (caso núm. 2833 - Perú). En dicho documento el Comité de Libertad Sindical hizo constar su pesar por el retraso de un procedimiento arbitral en el que la solicitud de designación de un presidente de tribunal arbitral habría tardado (hasta la fecha de emisión de este llamado de atención) casi cinco meses.

determinado por el lugar con el mayor número de trabajadores. Así, en el sector privado era competente para designar a árbitros:

- La Autoridad de Trabajo del domicilio de la empresa.
- Cuando existían varios centros de trabajo, la competencia correspondía a la Autoridad de Trabajo del lugar donde se encuentre el mayor número de trabajadores comprendidos en el ámbito de negociación colectiva.
- En la negociación colectiva por rama de actividad o gremio, si no hay acuerdo para designar al tercer árbitro, tal competencia correspondía a la Autoridad de Trabajo del lugar donde estén la mayoría de empresas y trabajadores de la actividad o gremio respectivo.

Actualmente, el artículo 2 del Decreto Supremo N° 014-2011-TR ha establecido que “[...] cuando las normas sobre relaciones colectivas dispongan que la Autoridad Administrativa de Trabajo deba designar un árbitro, o lo solicite una o ambas partes, esta competencia se entiende atribuida a la Dirección General de Trabajo”. Esta, que es una norma que se aplica a todo tipo de arbitraje colectivo laboral, contempla el procedimiento de designación de árbitros en suplencia para arbitrajes potestativos interpuestos al amparo del artículo 61 de la LRCT y para aquellos que se interponen al amparo del artículo 61-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR⁽⁵⁵⁾.

El segundo grupo de disposiciones, que fueron derogadas, sustrayeron la competencia que tenía el Poder Ejecutivo para designar a presidentes de tribunales arbitrales en casos que involucren a empresas estatales o entidades públicas sujetas al régimen laboral privado, creándose un consejo especial para esos efectos.

A partir de que el artículo 64 de la LRCT efectuó una remisión al Reglamento, en materia de designación de presidentes de tribunales arbitrales del sector público, el literal “a” del artículo 52 del Decreto Supremo N° 011-92-TR establecía que, en arbitrajes colectivos laborales donde el empleador fuera una empresa estatal o entidad pública sujeta al régimen laboral de la actividad privada, «[...] si no hay acuerdo sobre el tercer árbitro, la designación la realizará el Ministerio de la Presidencia mediante resolución ministerial”. Sin embargo, esta norma fue derogada por la quincuagésima cuarta disposición complementaria final de la Ley

(55) Como puede apreciarse, el artículo 51 mantiene su vigencia, aunque modificado, pues ya no resultan aplicables los criterios de territorio y número de trabajadores, que han sido sustituidos por el criterio de atribución de competencia a la autoridad central.

Nº 29812 (“Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 2012”), que estableció que “[...] corresponderá a un consejo especial nombrar al presidente del tribunal arbitral en caso de no ponerse de acuerdo las partes en su designación. [...]»». No es este el espacio para ahondar en las críticas a la posición del legislador con respecto a la negociación colectiva en el sector público (las mismas que han sido declaradas inconstitucionales mediante sentencias del Tribunal Constitucional de setiembre de 2015 y abril de 2016, aguardándose aún una nueva regulación sobre la materia). Sin embargo, resaltamos que la referida modificación normativa fue operada por una ley de presupuesto de temporalidad acortada.

Al analizar la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo en la designación de árbitros debemos recordar los puntos diferenciales entre los arbitrajes *ad hoc* y los arbitrajes institucionales. En los primeros, son las propias partes designan a los árbitros, con márgenes de libertad relativamente amplios; en cambio, en los arbitrajes institucionales, las instituciones arbitrales suelen contemplar listados flexibles o cerrados de árbitros, con el objeto de facilitar su designación por las partes. Aquí se percibe con claridad porqué hemos calificado al arbitraje colectivo laboral peruano como una forma de arbitraje *ad hoc* con ciertas notas de arbitraje institucional.

Veamos. Hasta setiembre de 2011 la elección de árbitros dentro de arbitrajes colectivos laborales se efectuaba en forma acorde con el modelo flexible; sin embargo, con la dación del Decreto Supremo Nº 014-2011-TR, se creó (en su artículo 2) el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas, que está a cargo de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. A pesar de que en la norma dicho registro tenía carácter vinculante y no distinguía entre árbitros que pudieran conocer casos del sector privado y del sector público, en la práctica, la autoridad administrativa de trabajo ha optado por mantener dos registros: uno para el sector público y otro para el sector privado. El primero de los registros mencionados es vinculante para las partes que efectúan la designación de árbitros y para la autoridad administrativa que tuviera que designar en suplencia; mientras que el registro de árbitros del sector privado –al menos provisionalmente– únicamente vincula a la autoridad administrativa que efectúa una designación de árbitro.

Como se ve, el listado es un primer elemento que matiza la identificación del arbitraje colectivo laboral como un arbitraje *ad hoc*. A ello debe agregarse que una vez iniciado el arbitraje es evidente que quien se encarga de organizar y administrar el procedimiento arbitral no es una entidad jurídicamente distinta de los propios árbitros. Son ellos mismos los que administran el procedimiento arbitral, por lo que de ello puede colegirse que la intervención de la autoridad administrativa

únicamente se da en la etapa *prearbitral*, como una suerte de institución arbitral cuyas funciones están acotadas estrictamente a la designación del tercer árbitro o del segundo árbitro faltante, siempre en suplencia del llamado a efectuar dicho nombramiento, cuando ello no se hubiere producido.

Si observamos la conformación del tribunal arbitral (etapa pre arbitral) en forma secuencial, la parte que asume la posición activa (quien interpone el arbitraje potestativo) tiene el deber de designar, en la comunicación de interposición, a un árbitro para la conformación del tribunal arbitral. Aunque esto no esté previsto explícitamente ni en el articulado correspondiente de la LRCT ni de su Reglamento –incluyendo el artículo 61-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR, incorporado por el Decreto Supremo N° 014-2011-TR– la interposición del arbitraje potestativo solamente puede entenderse válida cuando quien propone el arbitraje comunique a su contraparte que, al interponer dicho procedimiento, también está designando a un árbitro, que a la postre será el primer árbitro del tribunal arbitral en ser designado.

En esa línea interpretativa, la Autoridad Administrativa de Trabajo ha resuelto que “[...] La interposición del arbitraje potestativo se realiza mediante una comunicación privada por parte de la parte que se acoge a la opción que establece el D.S. N° 014-2011-TR hacia su contraparte, en la cual debe designar a uno de los árbitros”⁽⁵⁶⁾. Por tanto, “[...] No es competencia de la Dirección General del Trabajo establecer el arbitraje potestativo, ni mucho menos, resolver el pliego de reclamos [...]”⁽⁵⁷⁾.

Debe resaltarse que, en la designación del segundo árbitro, no importa si el empleador es una empresa privada o una entidad estatal sujeta al régimen laboral de la actividad privada, pues en ambos casos la competencia le corresponde, como hemos visto, a la Dirección General de Trabajo. Este órgano del Ministerio de Trabajo ha generado su propia normativa, de naturaleza supletoria, que es aplicada a la etapa prearbitral de designación de árbitros, entre la que cabe citar:

- A la Directiva General “Lineamientos para la intervención administrativa en conflictos laborales colectivos: los llamados extraproceso, la preferencia por el arbitraje potestativo y la intervención resolutoria como facultad excepcional”, aprobada por la Resolución Ministerial 076-2012-TR⁽⁵⁸⁾.

(56) Auto Directoral General de fecha 10 de octubre de 2012, número -2012-MTPE/2/14, considerando 20.

(57) Resolución Directoral General de fecha 17 de noviembre de 2011, considerando 10.

(58) Este instrumento incluso ha sido citado por el Tribunal Constitucional como evidencia de que la Autoridad

- A la Directiva General “Lineamientos para la aplicación del principio de publicidad en la designación de árbitros y presidentes de tribunales arbitrales a cargo de la Autoridad Central de Trabajo y del Registro de Laudos Arbitrales correspondientes al sector privado” aprobada por la Resolución Ministerial 004-2012-TR/DVMT.

En cambio, la naturaleza privada o pública de la parte empleadora sí origina atribuciones de competencia distintas cuando se trata de la designación del tercer árbitro y los llamados a designarlo no logran hacerlo. La legislación laboral, en este punto, realiza una distinción polémica, en función de quién sea la entidad empleadora: si el empleador es una empresa privada, la competencia para designar al presidente del tribunal arbitral –ante el desacuerdo entre *los árbitros* designados por ambas partes– le corresponde a la Dirección General de Trabajo; mientras que si el empleador es una entidad pública (con trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada) o si se tratase de una empresa estatal, la competencia para designar al presidente del tribunal arbitral –en caso haya desacuerdo entre *las partes* del arbitraje– le corresponderá a un órgano distinto.

Hasta 2011, la LRCT establecía que el encargo de designar a un presidente de tribunal arbitral en supuestos donde el Estado era la parte empleadora recaía en una “institución independiente elegida por las partes”. Si las partes no acordaban qué institución, ésta era elegida por la Autoridad de Trabajo.

Posteriormente, se creó el *Consejo Especial* (creado por la Quincuagésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29812, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2012 y constituido por el Decreto Supremo N° 009-2012-TR) del cual ya hemos dicho que fue en esencia un órgano multisectorial, aunque con una participación minoritaria de representantes sindicales y de la sociedad civil.

Mientras que el *Consejo Especial* permanece desactivado y la *Comisión de Apoyo al Servicio Civil* (que recibirá el encargo de designar a los presidentes de tribunales arbitrales) aún no ha sido implementada, tal competencia se mantiene, con una precaria provisionalidad, en manos de la Dirección General de Trabajo del Sector Trabajo. Visto este desorden normativo, creemos que en este punto la apuesta por una institucionalización del arbitraje colectivo laboral –en general– y del potestativo –en específico– podría auxiliar a que se tengan reglas claras para los sujetos colectivos, lo que sin duda ayudaría a una mejor predisposición a la solución de los conflictos existentes.

Administrativa no afecta los derechos de negociación colectiva de ninguna de las partes al intervenir en la designación de árbitros. Vid. Fundamento 11 de la Sentencia 3361-2013-PA/TC, del 26 de abril de 2016.

Debe advertirse que, al designar a árbitros en suplencia, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo actúa en forma símil a la acción que llevaría a cabo una institución arbitral, aunque ciertamente con funciones limitadas a la etapa pre-arbitral (la designación), que fundamenta al resto del procedimiento arbitral. Por ello, la Autoridad Administrativa de Trabajo ha entendido que tal designación de árbitros es inimpugnable, lo que ha sido plasmado normativamente⁽⁵⁹⁾.

Así, ante la pretendida impugnación de una designación de árbitro efectuada por la Dirección General de Trabajo, se reafirmó la vigencia del principio *kompetenz kompetenz* al resolverse que “[...] la referida designación se inserta dentro de la jurisdicción arbitral iniciada en el presente caso [...] admitir recursos impugnatorios contra aquella nos llevaría al absurdo de paralizar el acceso a la justicia [...]. El referido Auto Directoral General, en consecuencia, es inimpugnable, pues está circunscrito a la jurisdicción arbitral, la cual es una e independiente”⁽⁶⁰⁾.

Otro aspecto saltante sobre la función suplente en la designación de árbitros, tiene que ver con el hecho de que la Autoridad Administrativa tiene que considerar al mencionado Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas. Entendemos que un registro como ese –que, por ejemplo, en el arbitraje en general no deja de generar polémica– se justifica en la necesidad de garantizar la mayor transparencia posible sobre los actos de designación de árbitros. Cuando menos, así lo ha entendido el propio *Comité de Libertad Sindical*, que ha señalado que a su entender, la inscripción de profesionales en el mencionado registro es un requisito razonable en aras de asegurar la independencia e imparcialidad de los mismos al ejercer la función arbitral⁽⁶¹⁾.

Apoya a esta perspectiva el hecho de que las propias entidades que efectúan la designación de árbitros hayan aprobado y publicado instrumentos sobre la forma en la cual cumplen estas funciones: la Dirección General de Trabajo aplica un sorteo simple⁽⁶²⁾, mientras que el Consejo Especial cumplió sus funciones mediante acuerdos unánimes de sus miembros o, cuando ello no era posible, mediante un sorteo entre los candidatos seleccionados del Registro de árbitros por

(59) “Las designaciones de árbitros que efectúan el Consejo Especial y la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, de ser el caso, son inimpugnables, sin perjuicio del derecho de recusación que pueden ejercitar las partes dentro del proceso arbitral, de ser el caso”. Artículo 4° del Decreto Supremo N° 009-2012-TR.

(60) Resolución Directoral General de fecha 18 de enero de 2012, considerando 16.

(61) Vid. 365° Informe definitivo del Comité de Libertad Sindical, de noviembre de 2012. Caso número 2934 (Perú), párrafo 1254. Queja presentada contra el gobierno del Perú por la Federación de Trabajadores de Luz y Fuerza del Perú (FTLFP)

(62) Directiva General N° 006-2012/MTPE/2/14, de fecha 2 de julio de 2014. “Lineamientos para la aplicación del principio de publicidad en la designación de árbitros y presidentes de tribunales arbitrales a cargo de la Autoridad Central de Trabajo y del Registro de Laudos Arbitrales correspondientes al sector privado”.

sus propios miembros⁽⁶³⁾. Creemos que los mecanismos anotados, cuando menos, disminuyen significativamente la posibilidad de que exista discrecionalidad en la designación de árbitros. Sin embargo, y aún más importante, esto no debe hacer perder de vista que, en el mejor de los casos, la designación de árbitros por la Autoridad Administrativa de Trabajo debe ser un eficiente desincentivo a que las partes llevadas a arbitraje potestativo omitan designar a un árbitro.

Finalmente, es importante advertir que la intervención desarrollada en este acápite es una forma de auxilio al inicio del mecanismo arbitral, mas no representa en sí mismo una forma de intervención en las relaciones colectivas cuya intensidad difícilmente podría calificarse como una intromisión en el principio de negociación colectiva libre y voluntaria. Por ello, al contrario de lo señalado por el Comité de Libertad Sindical en un caso⁽⁶⁴⁾, consideramos que el Estado no *tramita* el procedimiento arbitral o –de manera más precisa– que esta fase prearbitral no se ejecuta en ejercicio de competencias administrativas de Derecho Público. Más bien, es una función meramente asistencial que, una vez más, evidencia la pertinencia de evaluar el modelo de arbitraje *ad hoc* y el modelo de arbitraje institucional dentro de la ley peruana.

III. CONCLUSIÓN

Tras la revisión que hemos hecho, podemos definir al arbitraje potestativo como un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos colectivos de carácter económico, que la legislación laboral pone a disposición de los sujetos colectivos laborales (la representación de trabajadores y el empleador o los empleadores) para darles la oportunidad de interponer unilateralmente el procedimiento arbitral –sin que se recurra a la huelga– donde un tribunal compuesto por tres árbitros (en cuya designación la autoridad administrativa tiene un rol suplente muy importante) tendrá plena capacidad para resolver, con investidura de la jurisdicción arbitral, la procedencia del arbitraje interpuesto y, posteriormente, al cabo de un arbitraje de equidad, decidir el nivel o contenido de una negociación colectiva, o bien, resolver el conflicto en forma definitiva.

(63) Acuerdo del Consejo Especial del día 20 de agosto de 2012: “Metodología para el desarrollo de las funciones del Consejo Especial, constituido por el Decreto Supremo N° 009-2012-TR”.

(64) Nos referimos al Informe definitivo del Comité de Libertad Sindical, de marzo de 2015. Caso número 3009 (Perú), párrafo 765. Queja presentada contra el gobierno del Perú por la Central Unitaria de Trabajadores del Perú (CUT-Perú). En aquel pronunciamiento, a raíz de un arbitraje para determinar el nivel de la primera negociación entre un sindicato constituido en el nivel de rama de actividad y varias empresas que se oponían a entablar tratativas en dicho ámbito de negociación. Ante ello, el Comité consideró que “el arbitraje obligatorio a solicitud de una de las partes (tramitado por el Gobierno) sobre la cuestión del nivel de negociación es incompatible con el principio de negociación libre y voluntaria (...)”.

La polémica jurídica suscitada en el Perú, a propósito de la validez del arbitraje potestativo como instrumento para la solución de conflictos colectivos se produce en un contexto normativo y social particular, marcado por una sucesión importante de años con crecimiento macroeconómico sostenido sin que existan mecanismos políticos suficientes para la redistribución de la riqueza. Con todos esos antecedentes, el debate está instalado en el Derecho peruano, habiendo cada vez mayores evidencias de que existe un respaldo a la validez de esa figura ya no solamente judicial o del propio Tribunal Constitucional, sino también de los órganos de control de la OIT, que ha recomendado a alguna organización sindical peruana utilizar ese mecanismo, de no prosperar la negociación colectiva en términos de buena fe.

Más allá de esa evidencia, el aporte que este caso de estudio puede significar al enfoque jurídico de la teoría de las relaciones colectivas puede ser útil para cuestionar posturas que propugnan que la ley dispense un trato absolutamente simétrico a los sujetos colectivos laborales, sin tomar en cuenta que en muchas realidades (ocurre en Perú) el fenómeno sindical recién acusa una lenta e insegura recuperación.

BIBLIOGRAFÍA

AGUINAGA MEZA, Ernesto y Guillermo BOZA PRÓ

2014 “El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del derecho constitucional a la negociación colectiva”. *Revista Derecho PUCP*, número 71, pp. 287-308, Lima.

BALBÍN TORRES, Edgardo

2011 “El arbitraje potestativo en el Decreto Supremo 014.2011.TR». Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. <<http://www.trabajo.gob.pe>> (03/02/2012)

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos

2011 “La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva”. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. <<http://www.trabajo.gob.pe>> (03/02/2012).

BOZA PRÓ, Guillermo

2011 *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

BOZA, Guillermo y Miguel CANESSA

2000 “Relaciones colectivas de trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal». En *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. Lima: OIT, pp. 204-239.

BOZA PRÓ, Guillermo *et al.*

1994 *Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo comentada*. Lima: Consultores Jurídicos Asociados S.A.

CARRILLO CALLE, Martín

1994 *Elementos para un primer balance del arbitraje laboral en el Perú* (1992-1993). Lima: ADEC-ATC.

ERMIDA URIARTE, Óscar

1993 “Origen, características y perspectivas de la intervención administrativa”. En *La negociación colectiva en América Latina*. Antonio Ojeda y Óscar Ermida editores. Madrid: Trotta. pp. 107-118.

FRANCO PÉREZ, Julio

2014 “El arbitraje potestativo en las Sentencias del Tribunal Constitucional”. *Análisis Laboral*, Volumen XL, N° 444, pp. 9-13, Lima.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco

2007 “La naturaleza jurídica del arbitraje: un ejercicio de balanceo químico”. *Lima Arbitration*, N° 2, pp. 200-214, Lima.

LOY, Gianni

2003 “La conciliación y el arbitraje: perfiles generales en materia de derechos”. Centro studi di relazioni industriali. <<http://www.csri.it>> (15/06/2013).

NEVES, Javier.

2012 “Arbitraje potestativo. Entrevista a Javier Neves Mujica” En *Ius et veritas* número 45, Diciembre de 2012, pp. 434-437, Lima.

MACINTYRE, Stuart (editor)

1989 *Foundations of arbitration: the origins of state compulsory arbitration*. Melbourne: Oxford.

MELÉNDEZ TRIGOSO, Willman

2012 *Los procedimientos arbitrales en el marco de la intervención administrativa en las relaciones colectivas de trabajo*. Archivo de Microsoft Word. Lima.

SAPPÍA, Jorge.

2002 *Justicia laboral y medios alternativos de solución de conflictos colectivos e individuales de trabajo*. Lima: Organización Internacional del Trabajo.

VEGA RUIZ, María Luz.

1997 «Los medios de solución o composición de conflictos colectivos en España». En *Derecho & Sociedad*. Año VIII, N° 12, pp. 137-144, Lima.

VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo

2010 *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Lima: Programa Laboral de Desarrollo – OIT.

MONOGRAFÍAS GANADORAS
DEL CONCURSO UNIVERSITARIO
DE INVESTIGACIÓN
JURÍDICA LABORAL

VII CONGRESO NACIONAL
DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

26, 27 y 28 de octubre de 2016

Lima

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN TIEMPOS DE UBER: ¿HACIA LA COLECTIVIZACIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO?

Francisco Herrera Rose⁽¹⁾

Hablar de los desafíos que traen las nuevas estructuras empresariales para el Derecho del Trabajo ha dejado de ser una novedad para convertirse en la regla general de cualquier estudio actualizado sobre las relaciones laborales en el país y en cualquier parte del mundo. La globalización y sus fenómenos subyacentes han demandado el replanteamiento de los conceptos tradicionalmente aceptados por la doctrina laboral, han requerido la reformulación de las normas que legislan el trabajo y se han enfocado directamente en la subsistencia de esta materia con la progresiva y alarmante amenaza de la “huida del Derecho del Trabajo”⁽²⁾.

Las soluciones que se han pretendido dar desde los anaqueles del juslaboralismo frente a este contexto no han sido pocas, y a medida que el mercado va conociendo nuevas modalidades de prestación de servicios, el Derecho Social debe continuar el proceso de adaptación de sus mecanismos de protección de la parte más débil en la relación contractual, mientras esta última permanezca vulnerable frente a los cambios tecnológicos y productivos que la dinámica capitalista trae consigo. La autonomía colectiva ha sido uno de los mecanismos en mención a los que por excelencia se ha recurrido para que la relación entre el contratante y el prestador del servicio sea equilibrada y equitativa, pero el ejercicio de los derechos que de ella se derivan actualmente encuentra desafíos tanto endógenos

(1) Estudiante de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(2) BAYLOS GRAU, A. “La ‘huida’ del Derecho del Trabajo. Tendencias y límites de la deslaborización”. El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar: (aspectos laborales, fiscales, penales y procesales). Marcial Pons, 2000; p. 44.

(su regulación y sus alcances en la praxis local) como exógenos (un panorama económico hostil).

A efectos del presente artículo, nos referiremos a una de las modalidades de prestación de servicios más novedosas y complejas que se presentan en el escenario económico vigente: la economía del acceso. Consideramos necesario que nuestro análisis no parta directamente del supuesto del Derecho del Trabajo como instrumento regulador de las relaciones que surgen en el marco de estos servicios, sino, más bien, examinaremos la naturaleza de estas relaciones para establecer los márgenes de aplicabilidad de las instituciones laborales en este ámbito, con particular incidencia en la negociación colectiva como medio de tutela de los intereses comunes de aquellos que prestan el servicio en cuestión.

I. LA ECONOMÍA DEL ACCESO COMO NUEVO PARADIGMA DE NEGOCIOS

Uno de los elementos principales que moviliza a la economía capitalista es el factor propiedad. La propiedad y el intercambio de bienes son el motor de funcionamiento del mercado como comúnmente lo concebimos. Sin embargo, el continuo desarrollo tecnológico de la era de la información ha permitido que un paradigma que parecía inamovible comience a ser desafiado por enfoques alternativos, que consagran el valor de otros vínculos jurídicos en aras de lograr mayor eficiencia. Ya en el año 2000, Jeremy Rifkin nos advertía sobre “el desplazamiento desde un régimen de propiedad de bienes, que se apoyaba en la idea de propiedad ampliamente distribuida, hacia un régimen de acceso, que se sustenta en garantizar el uso limitado y a corto plazo de los bienes controlados por redes de proveedores”⁽³⁾.

De esta manera, la economía del acceso, también conocida como *on-demand economy*, economía colaborativa, entre otros apelativos, coloca su acentuación principal en el vínculo temporal que tenemos con el bien o servicio del que pretendemos beneficiarnos. Las modalidades más popularizadas de este modelo económico tienen como base el *crowdsourcing* o trabajo prestado a través de servicios digitales, entre las cuales la empresa Uber ha cobrado particular protagonismo en el mercado dada la naturaleza del servicio que ofrece (transporte) y las facilidades que presenta para aquellos que deseen prestar servicios bajo esta modalidad: básicamente, la empresa se dedica a poner en contacto al solicitante del

(3) RIFKIN, Jeremy. La era del acceso: La revolución de la nueva economía. Paidós, 2000; p. 5.

servicio con la persona que eventualmente llevará a cabo la prestación⁽⁴⁾; si bien los alcances y las políticas de estos servicios suelen variar de país en país, el patrón común de estas empresas es que se autodenominan como meros “agentes digitales” y niegan a sus contratistas la condición de trabajadores⁽⁵⁾.

Pese a que los sistemas de descentralización productiva han implicado un abandono de los modelos de organización tradicionales como el taylorista o fordistista⁽⁶⁾, algunos autores han denunciado que en escenarios como el planteado por la economía del acceso estamos atestiguando una nueva versión del taylorismo⁽⁷⁾, caracterizada por la fragmentación del trabajo en prestaciones superlativamente temporales a través de redes virtuales; la diferencia central se basa en que ahora se recurre a mecanismos de contratación independiente. Ello ha significado la sustitución del poder de dirección característico de la relación laboral por “formas nuevas y más difusas de organización del trabajo ajeno, basadas en la coordinación de actividades”⁽⁸⁾, lo que nos aproxima a uno de los dilemas laborales claves de esta problemática: ¿existe en estas empresas una actuación fraudulenta para eludir la legislación laboral, o verdaderamente se trata de una modalidad de trabajo independiente?

El ámbito de protección del Derecho del Trabajo tiene como pilares básicos la prestación personal de servicios en condiciones de ajenidad y subordinación⁽⁹⁾. La ajenidad, como paso previo a la adopción de los esquemas de relación independiente o subordinada, consta de dos requisitos: i) el traslado de los frutos o la utilidad económica de la actividad realizada por el sujeto a otra persona o entidad; y, ii) la asunción de los riesgos económicos de la actividad productiva por parte del beneficiario⁽¹⁰⁾. En relación al primer requisito, es preciso resaltar que en las empresas dedicadas al *crowdsourcing* como Uber el consumidor paga la

(4) TODOLI, Adrián. “El impacto de la ‘uber economy’ en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”. IUSLabor 3/2015, 2015; p. 3.

(5) PRASSL, Jeremias y Martin RISAK. “Uber, TaskRabbit, & Co: Platforms as employers? Rethinking the legal analysis of Crowdwork”

(6) Un análisis detallado sobre el tópico puede ser encontrado en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “El poder de dirección frente a las transformaciones económicas, tecnológicas y productivas”. En: SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Derecho del Trabajo: Tendencias contemporáneas. Lima: Grijley, 2013; pp. 125-126.

(7) ALOISI, Antonio. “Commoditized workers: Case study research on Labor Law issues arising from a set of ‘on-demand/gig economy platforms’”; p. 653.

(8) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Óp. cit.; p. 129.

(9) NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú

(10) LEDESMA CÉSPEDES, Carlos. Estudio regional sobre trabajo autónomo y economía informal: Delimitación conceptual y análisis normativo. Lima: OIT / Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2013; p. 8.

contraprestación del servicio en base a sistemas tarifarios sobre los que el prestador no tiene control, lo que permite a la empresa mantener un registro de los frutos percibidos y obtener un porcentaje del beneficio recibido por cada servicio.

En cuanto al segundo requisito, la determinación de su cumplimiento es una tarea mucho más complicada, puesto que bajo estas modalidades existe una nueva asignación de riesgos y beneficios⁽¹¹⁾, en la cual potencialmente se podría producir una “acumulación del riesgo en el último eslabón de la cadena”⁽¹²⁾. Sin embargo, esta política de riesgos no es connatural a la relación contractual entre la empresa y el prestador del servicio, y se ampara más bien en una lógica de eficiencia económica que favorece la actuación unilateral de la compañía en relación a los términos y condiciones de la prestación⁽¹³⁾, lo cual traslada nuestra reflexión hacia la otra esfera de protección laboral: la dependencia o subordinación.

Al amparo del principio de primacía de la realidad, la subordinación debe ser entendida conforme a una pluralidad de criterios sustanciales que desafían al formalismo de las figuras jurídicas como el contrato de locación de servicios, por lo que una aproximación que se oriente por los vínculos nominales que unen a las empresas ofertantes del servicio con el prestador no es la correcta. Antes bien, debemos recurrir a indicadores⁽¹⁴⁾ que posibiliten la determinación de la existencia de una relación de trabajo tutelada por el ordenamiento laboral (suministro de herramientas, periodicidad y proporción de la remuneración, grado de integración en la organización), así como en el ejercicio de los poderes derivados del poder de dirección (control, fiscalización y sanción).

Una de las premisas de las que parten las empresas dedicadas al *crowdsourcing* como Uber consiste en el hecho de que el operador utiliza sus propias herramientas para prestar el servicio. En el ejemplo bajo mención, observamos que el modelo prevé que cualquier conductor con cualquier automóvil que haya sido aprobado por la empresa puede ofrecer su vehículo y sus servicios de conducción para transportar personas. Al consistir en una aplicación móvil (cuyo GPS ubica al cliente y le presenta los vehículos de Uber disponibles en su área cercana) de uso optativo y despersonalizado, el prestador del servicio goza de un amplio margen de libertad⁽¹⁵⁾ en cuanto a las condiciones bajo las cuales realiza la prestación,

(11) ROGERS, Brishen. “The Social Costs of Uber”. The University of Chicago Law Review. N° 82, 2015; p. 98.

(12) DAGNINO, Emanuele. “Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy; p. 12.

(13) ROGERS, Brishen. Loc. cit.

(14) CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La relación de trabajo; p. 8.

(15) TODOLI, Adrián. Óp. cit.; p. 6.

pues no está sujeto a jornadas ni debe rendir cuentas frente a la empresa sobre el cumplimiento de determinadas expectativas económicas.

Sin embargo, esta libertad se ve comprometida en otros ámbitos, como en el caso del ejercicio del poder de supervisión, toda vez que, si bien este se realiza de manera distinta a la tradicional, tiene una alta relevancia en esta dinámica de negocios: Uber dispone de sistemas de calificación y aprobación del servicio, con los que el taxista es identificado y monitoreado, delegando parcialmente la actividad de fiscalización a los usuarios⁽¹⁶⁾. Las implicancias de ello inciden directamente en la relación entre Uber y el chofer, toda vez que eventuales índices de desaprobación podrían dar lugar a sanciones e, incluso, a la ruptura del vínculo contractual. Asimismo, existe un área de difícil determinación en el grado de dependencia económica que tiene el taxista en relación a la empresa, puesto que, si bien se puede argüir que el servicio puede ser prestado aun sin las facilidades otorgadas por la compañía, la proporción del ingreso recibido a través de la plataforma en relación al ingreso periódico total que percibe el operador es siempre un factor importante para comprender la naturaleza del vínculo que une a ambas partes.

Se nos presenta, pues, una zona gris que dificulta la tarea del intérprete jurídico para dilucidar si resulta aplicable la legislación laboral a una figura revestida de tanta complejidad y matices. La existencia de esta zona gris tiene una implicancia práctica fundamental: sucede que el sujeto que labora bajo esta modalidad de servicios digitales se encontrará, al igual que muchos otros trabajadores calificados formal o sustantivamente como independientes, en la frontera permanente de recibir tutela por parte del ordenamiento laboral o, por el contrario, no ser beneficiario de ninguno de los mecanismos de protección que el Derecho del Trabajo otorga, lo cual es lo que ocurre en la actualidad, generándose una “absolutamente desigual distribución de los niveles de protección jurídica”⁽¹⁷⁾. Ello nos lleva inevitablemente a realizar unos breves apuntes sobre el estado del trabajador autónomo en nuestro país.

II. EL TRABAJADOR AUTÓNOMO Y SU TRATAMIENTO LEGAL

La figura del trabajador autónomo parte de la premisa de que, a diferencia del trabajador subordinado, no se encuentra en el marco de una relación caracterizada

(16) ALOISI, Antonio. *Óp. cit.*; p. 662.

(17) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*. Lima: Ara, 1997; p. 60.

por un desequilibrio de poderes⁽¹⁸⁾. Por ello, al no existir una parte “débil” en la relación contractual que requiera de una tutela jurídica especial, la actuación del Derecho Laboral como instrumento de protección no se hace necesaria. No obstante, la realidad social y económica nos muestra que hay un gran número de supuestos en los que esta situación de equilibrio de poderes es inexistente, incluyendo entre ellos a trabajadores autónomos cuya situación jurídica no se ha originado a través del fraude a la Ley⁽¹⁹⁾. En palabras de Sanguinetti,

“[L]os nuevos trabajadores autónomos no desarrollan sus labores con destino al mercado en general, sino de forma preferente o exclusiva en beneficio de determinadas empresas, con las cuales establecen vínculos de carácter más o menos estable o duradero. Esta circunstancia, sobre todo en los casos en que el sujeto ejecuta el trabajo de manera personal, es capaz de dar lugar a una situación de dependencia económica respecto de la empresa comitente, muy semejante en cuanto a sus características a la que padecen los trabajadores asalariados”⁽²⁰⁾.

Ante esta situación en la que se crean nuevos vínculos jurídicos que no coinciden con los paradigmas tradicionales de regulación, se ha propuesto en algunas instancias la adopción de la figura de la subordinación económica como nuevo ámbito de protección del Derecho Laboral. Sin embargo, a pesar de que la idea de la dependencia económica no es nueva e incluso es parte de la génesis del Derecho Laboral como rama autónoma, se ha criticado la remisión a este criterio por su vaguedad y su incapacidad de explicar fenómenos jurídicos diversos cuyos contenidos no nos permiten validar la existencia de una relación de trabajo⁽²¹⁾. La propuesta de mudar de paradigma, entonces, ha sido desestimada, pero su fundamento no ha sido ignorado: las relaciones jurídicas cuya naturaleza les impide encajar en el concepto de “contrato de trabajo”, pero en las que subyace un vínculo de dependencia económica, han tenido una recepción doctrinal y legislativa que resulta meritoria de estudio.

Debemos partir por precisar que este proceso de “laboralización” del trabajo independiente ha recibido escasa atención legislativa en nuestro país, toda vez

(18) ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú: Desafíos y deficiencias*. Segunda edición. Lima: Palestra, 2013; p. 83.

(19) GOLDIN, Adrián. “Las fronteras de la dependencia”. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*. Madrid, 2001, número 2, p. 316.

(20) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?”. En: *Doctrina Judicial Laboral*. Rosario, N° 2, julio de 2000; pp. 5 y siguientes.

(21) ERMIDA URIARTE, Oscar. “Crítica de la subordinación”. *Ius et Veritas*. Lima, 2002, año 13, número 25, p. 289.

que, si bien se han implementado algunos mecanismos de protección para trabajadores a los que expresamente se reconoce como autónomos, estos han sido más bien intentos aislados, alejados de pretensiones de generalizar la tutela a favor de las masas de trabajadores que podrían verse afectados por estos marcos desregulados. Entre estos intentos podemos encontrar Ley N° 27475, Ley que regula la actividad del lustrabotas, la cual delegaría a los gobiernos locales la labor de empadronamiento, fijación de horarios de trabajo, establecimiento de obligaciones y prohibiciones, y medidas de facilitación para las personas con discapacidad, menores de edad y personas de la tercera edad⁽²²⁾. Asimismo, podemos ubicar la Ley N° 27607, Ley del Porteador, en la que establecen en favor de los trabajadores de este rubro mínimos tales como la dotación de alimentos, vestimenta y equipo para la prestación, pago del transporte, seguro de vida y descansos.

En contraste con esos planteamientos dispersos y escasos del legislador peruano, en España se implementó desde el año 2007 el Estatuto del Trabajo Autónomo (Ley 20/2007), norma que regularía distintos derechos del trabajador autónomo bajo la premisa de que “[e]stamos en presencia de un amplio colectivo que realiza un trabajo profesional arriesgando sus propios recursos económicos y aportando su trabajo personal, y que en su mayoría lo hace sin la ayuda de ningún asalariado. Se trata, en definitiva, de un colectivo que demanda un nivel de protección social semejante al que tienen los trabajadores por cuenta ajena”. Sin embargo, esta regulación no constaría de un “mimetismo de traslación automática de las categorías propias del trabajo asalariado”⁽²³⁾, sino que intentaría abarcar la problemática del trabajo autónomo en conjunción con los intereses específicos y propios de los trabajadores que califican bajo sus diversas modalidades.

Entre estas modalidades, merece particular atención el caso de los autónomos económicamente dependientes (o TRADE), definidos como “aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”⁽²⁴⁾. Notamos aquí un intento de trazar criterios objetivos para una figura que hasta entonces carecía de precisión jurídica, lo que permitiría efectuar una determinación más certera del ámbito de aplicación subjetiva de esta regulación de mínimos alternativa al régimen laboral general. Entre sus fuentes reguladoras,

(22) LEDESMA CÉSPEDES, Carlos. Óp. cit.; p. 45.

(23) CRUZ VILLALÓN, Jesús. “El trabajo autónomo: Nuevas realidades, nuevos retos”. Temes laborales. Andalucía, 2005, N° 81; p. 17.

(24) Artículo 11 de la Ley 20/2007.

además, se desarrollan los denominados “acuerdos de interés profesional”, consistentes en acuerdos colectivos impresos de una naturaleza contractualista y una eficacia personal limitada⁽²⁵⁾ suscritos con el objetivo de establecer condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de la actividad.

A pesar de que los acuerdos de interés profesional no encuentran su fundamento formal en el derecho a la negociación colectiva⁽²⁶⁾, consideramos que parten de un reconocimiento a la importancia que tiene la acción colectiva en la salvaguarda de intereses comunes, toda vez que el desequilibrio contractual—elemento que, como hemos anticipado, subsiste en las relaciones caracterizadas por un vínculo de dependencia económica— debe ser compensado por herramientas que garanticen la negociación de condiciones de trabajo equitativas y una adecuada dinámica redistributiva. Además, consideramos que en supuestos de tipificación abierta como los TRADE (es decir, que pueden calzar en figuras jurídicas de diversa naturaleza e incluso aun no diseñadas) la autonomía colectiva tiene un margen de acción mucho más importante que el de una legislación sistemática. Ello es un principio defendido tradicionalmente por el Derecho del Trabajo, en tanto la falta de idoneidad estructural y funcional de las leyes “para regular situaciones particulares y contingentes”⁽²⁷⁾ contrasta con el dinamismo y especificidad de las fuentes en cuya elaboración participa activamente el trabajador, como agente que cautela sus intereses en forma directa.

III. OPORTUNIDADES PARA LA COLECTIVIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES EN LAS NUEVAS MODALIDADES DE SERVICIOS

¿Es necesario que las nuevas generaciones de trabajadores autónomos, hijos de la economía del acceso, dispongan de herramientas jurídicas que posibiliten la tutela de sus intereses colectivos? Consideramos que la respuesta es contundentemente afirmativa. No olvidemos que nos encontramos desarrollando un supuesto en el cual hay sujetos desprotegidos por las normas laborales, pero que pese a ello se encuentran sometidos a una serie de disposiciones unilaterales emitidas por una persona jurídica que se autoproclama como una mera coordinadora de actividades que realiza una labor de intermediación entre el proveedor del servicio y el receptor del mismo⁽²⁸⁾.

(25) Artículo 13.4) de la Ley 20/2007.

(26) ROQUETA BUJ, Remedios. “Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. Los acuerdos de interés profesional”. Temas laborales. Andalucía, 2012, N° 114; p. 15.

(27) SANTORO-PASARELLI, Francesco. Nociones de Derecho del Trabajo. Traducción de la 14ta. edición italiana por SUAREZ GONZALEZ, Fernando. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963; p. 183.

(28) TODOLI, Adrián. Óp. cit.; p. 19. Bajo esta lógica, “el trabajador no tendría un cliente mayoritario, sino que

El desequilibrio contractual es evidente y existe un amplia gama de ámbitos en los que, conforme a la configuración actual de las figuras contractuales implementadas por estas modalidades de servicios, se registran riesgos no cubiertos (seguridad y salud en el trabajo, contingencias del desempleo y acceso a las prestaciones de la Seguridad Social en pensiones) y condiciones de trabajo no negociables (mínimos salariales o limitaciones a las jornadas de trabajo), relegando a los prestadores del servicio a una situación de estancamiento económico que no se condice con los principios constitucionales que favorecen la progresividad de derechos laborales y la promoción social del trabajador (al margen de que este califique jurídicamente como “subordinado” o “autónomo”⁽²⁹⁾).

Ello nos lleva a evaluar la potencialidad que tiene la generación de espacios de asociación y constitución de sujetos colectivos que puedan entablar negociaciones sobre las condiciones bajo las cuales desempeñan su actividad, en tanto “hay intereses que solo pueden tener mayor fuerza en el ámbito de reivindicación colectiva”⁽³⁰⁾. Es cierto que se precisa de una salvedad, consistente en el hecho de que en nuestro país la legislación y la propia actuación administrativa han generado un sinnúmero de trabas al ejercicio de derechos colectivos, lo cual no presenta un panorama favorable a la creación de nuevas instancias de colectivización del trabajo. Sin embargo, sin ignorar ello trataremos de trazar algunas de las razones que posibilitan la construcción de puentes que favorezcan el efectivo ejercicio de estos derechos en los ámbitos económicos reseñados.

1. Personificación de los interlocutores negociales

Una de las primeras objeciones que se realiza a la posibilidad de que los trabajadores autónomos puedan ejercer el derecho a la negociación colectiva recae en el hecho de que carecen de un empleador con el cual llevar a cabo el proceso de la negociación⁽³¹⁾. Sin embargo, en el ámbito de la economía del acceso la persona jurídica que coordina el servicio es plenamente identificable. Si bien hemos mencionado que la asignación de riesgos económicos suele ser transferida íntegramente al prestador del servicio y que la empresa tiende a atribuirse un rol de mero

prestaría servicios a cientos de clientes sin que existiera una dependencia económica con ninguno de ellos”.

(29) LEDESMA CÉSPEDES, Carlos. *Óp. cit.*; p. 25. El autor menciona que el derecho al trabajo, bajo su dimensión de derecho de acceso al empleo, abarca “el deber del Estado de garantizar y promover el empleo de todas las personas en edad de trabajar, sin hacer distinción entre trabajo autónomo o subordinado”.

(30) ARCE ORTIZ, Elmer. *Óp. cit.*; p. 101.

(31) OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ta edición (revisada). Ginebra: OIT, 2006; p. 56.

facilitador, consideramos que para interpretar su rol en la relación contractual es preciso emplear algunos de los principios que integran el ordenamiento laboral.

Uno de los principios laborales más importantes es el de la primacía de la realidad, un parámetro interpretativo cuyo uso generalmente sirve para dilucidar la existencia de una relación de trabajo en supuestos potencialmente fraudulentos, pero su aplicación puede y debe ser extensiva a efectos de evitar la negación de un derecho por parte del empleador bajo pretensiones formalistas o ilegítimas. Y ello es precisamente lo que consideramos que ocurre en el caso bajo análisis, toda vez que la negación del derecho a negociar con el argumento de que la empresa contratante no tiene un vínculo sostenible con el prestador del servicio no es más que una manera de eludir los costos derivados del diálogo social, sin que esta afirmación tenga un asidero fáctico en la ejecución del contrato.

Después de todo, se debe señalar que el trabajador que presta servicios bajo estas modalidades desarrolla su labor “de forma preferente o exclusiva en beneficio de determinadas empresas, con las cuales establecen vínculos de carácter más o menos estable o duradero”⁽³²⁾, de manera que la dependencia económica puede ser determinada en virtud de criterios objetivos que comprometen y responsabilizan a la empresa respecto del prestador del servicio. Con ello, la empresa ve trascendida su vocación nominal como “coordinadora de actividades”, y se generan espacios para identificarla no solo como la persona jurídica que se encuentra vinculada al colectivo de trabajadores que prestan el servicio, sino precisamente para determinar cuál es el vínculo que subyace al interior del sindicato o asociación de trabajadores integrados a nivel empresarial.

2. El rol promocional del Estado en materia de negociación colectiva

Este segundo argumento tiene una orientación normativista, pero su importancia reside precisamente en el hecho de que la norma debe servir de base para determinar la procedencia y la validez del ejercicio de los derechos colectivos en el ámbito de los trabajadores independientes. En este acápite será de utilidad retornar brevemente al análisis del modelo español, en el cual se ha consolidado la colectivización de los autónomos económicamente dependientes, pero ello se ha hecho al margen del Derecho del Trabajo.

Hemos mencionado que en España —cuya legislación, pese a sus vaguedades, es el modelo regulatorio de la materia más completo que se puede hallar en el Derecho Comparado— la suscripción de acuerdos de interés profesional no

(32) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Contrato de trabajo...; p. 51.

encuentra su fundamento en el derecho a la negociación colectiva, y se remite más bien a principios civilistas relativos a la libertad de asociación y contratación. Esta tendencia adquiere aún más fuerza cuando se dispone la aplicación supletoria del Código Civil para la interpretación de los acuerdos. Este proceder, al parecer, ha sido la manera en que el legislador español ha optado por escapar de lo que Arce ha llamado un “terreno jurídico poco claro”⁽³³⁾, al encontrarse la libertad sindical circunscrita generalmente al ámbito de los trabajadores dependientes.

A nuestro criterio, esta no ha sido la manera más correcta de aproximarse a la problemática de la colectivización del trabajo autónomo. Por un lado, es cierto que la negociación colectiva está concebida para determinados esquemas organizativos y productivos que no coinciden con el modelo económico adoptado por la economía del acceso, pero ello no quiere decir que este derecho no pueda ser adaptado a las particularidades del *crowdsourcing*; a fin de cuentas, si la lógica de la implementación de mecanismos que regulan el trabajo autónomo es la creación de un ordenamiento tuitivo paralelo que utilice figuras propias del Derecho Laboral en la medida que resulten aplicables a las relaciones aquí desarrolladas, el mismo cauce deberían seguir los derechos de naturaleza colectiva. Delegar su regulación al Derecho Civil implica renunciar a los fines tuitivos para los cuales se diseñaron estos esquemas de protección, generándose una dicotomía innecesaria en el tratamiento individual y colectivo de los autónomos económicamente dependientes.

Dicho esto, aterricemos nuestro análisis al ordenamiento peruano. El derecho a la negociación colectiva se encuentra reconocido por nuestra Constitución en el artículo 28, inciso 2, en el cual se le confiere una naturaleza promocional: en línea con los lineamientos de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), el constituyente determinó que la negociación colectiva era un derecho no solo susceptible de protección, sino también de fomento por parte del Estado peruano. Asimismo, este derecho –junto con el de libertad sindical– debe ser interpretado conforme al bloque de constitucionalidad, el cual incluye el desarrollo que sobre la materia han adoptado los Convenios 87 y 98 de la OIT, los cuales, además, integran el bloque que ha sido denominado como los ocho convenios fundamentales de la OIT, debido a que regulan uno de los cuatro derechos que este organismo consagra de manera prioritaria: la sindicación y la negociación colectiva. Toda esta base normativa nos sirve no solamente para reconocer el valor fundamental que se confiere a estos derechos, sino también para determinar el correlativo deber de los Estados miembro de consolidar su titularidad general.

(33) ARCE ORTIZ, Elmer. Loc. cit.

Tomando lo anterior como premisa, podríamos dar aun un paso más adelante en nuestro análisis: la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante, CEACR) de la OIT, organismo dedicado—tal y como su nombre lo indica— a determinar los alcances e interpretaciones de los contenidos regulados por los Convenios, ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los alcances que podría tener el derecho de sindicación en supuestos que ordenamientos como el nuestro podrían considerar “atípicos” para su ejercicio, y su conclusión evoca la “necesidad de garantizar que los trabajadores por cuenta propia, los trabajadores domésticos y aprendices gocen del derecho de sindicación”⁽³⁴⁾, previo a su caracterización como categorías de trabajadores especiales.

Consideramos, pues, que desde un punto de vista constitucional el ejercicio de derechos colectivos también atañe a los trabajadores autónomos. El Estado tiene la labor de fomentar y optimizar los canales de negociación, a través de garantías como el acceso a la información de la empresa (lo cual, en el caso concreto de las empresas digitales, permitiría determinar el grado de desigualdad entre las ganancias recibidas por las empresas y las retribuciones obtenidas por los prestadores del servicio), el establecimiento de la obligación de negociar (sin que ello quebrante el principio de una negociación libre y voluntaria) y de una legislación que establezca un marco favorable (sobre lo cual existen algunas oportunidades de acción, toda vez que la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo reconoce la posibilidad de que organizaciones de “trabajadores no dependientes” sean cubiertos por la norma en la medida que resulte aplicable).

IV. LAS FUNCIONES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LOS DERECHOS SUSCEPTIBLES DE TUTELA EN FAVOR DE LOS TRABAJADORES QUE PRESTAN SERVICIOS A TRAVÉS DEL *CROWDSOURCING*

La autonomía colectiva tiene, como ya hemos referido anteriormente, la virtud de atender necesidades e intereses específicos de cada colectivo de trabajadores. Por ello, reseñar una lista de los posibles derechos a regularse en un eventual convenio colectivo en el que tomen parte los trabajadores autónomos carecería de mucho sentido. Sin perjuicio de ello, es preciso mencionar que sería mucho más viable regular derechos relativos a la Seguridad Social en este ámbito, toda vez que la exclusión del trabajador independiente del régimen de la actividad

(34) CEACR. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo, 100° reunión, 2011; p. 201.

privada demanda la implementación de fórmulas a través de las cuales puedan hacerse efectivos los principios relativos a la universalidad de la Seguridad Social, que le garanticen prestaciones en condiciones de igualdad (desdiciéndose, además, de intentos legislativos previos en los que se impuso de manera nefasta a los trabajadores independientes la cotización al sistema de pensiones, con la correspondiente reducción de su salario neto).

Resulta mucho más interesante para el presente análisis determinar las funciones que la negociación colectiva asumiría en este nuevo marco. Consideramos que, en adición a la función genérica y tutelar del intercambio⁽³⁵⁾, con claros fines redistributivos y tuitivos en favor de los trabajadores que se integran a la negociación, la propia dinámica económica de las empresas que emplean como paradigma de negocios la noción del acceso, la integración del colectivo de trabajadores al sistema gubernamental⁽³⁶⁾ de la empresa es más que propicio, toda vez que, al ser estos los sujetos que hacen posible la prestación del servicio ofertado por la compañía, su participación activa en el gobierno, reglamentación interna y elaboración de políticas corporativas incidirá directamente en la manera en que se realiza y se promueve el servicio, por lo que la función gubernamental enunciada dogmáticamente por el juslaboralismo para el trabajador dependiente encuentra nuevos espacios de acción y transformación en el ámbito de la economía del acceso.

BIBLIOGRAFÍA:

ARCE ORTIZ, Elmer

2013 Derecho Individual del Trabajo en el Perú: Desafíos y deficiencias. Segunda edición. Lima: Palestra.

CEACR

2011 Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo, 100° reunión, 2011

CRUZ VILLALÓN, Jesús

2005 "El trabajo autónomo: Nuevas realidades, nuevos retos". Temas laborales. Andalucía, 2005, N° 81; pp. 11-22.

ERMIDA URIARTE, Oscar

(35) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI". *Ius et veritas*. Lima, 2006, N° 31; p. 13.

(36) *Ibidem.*; p. 207.

2002 “Crítica de la subordinación”. *Ius et Veritas*. Lima, 2002, año 13, número 25, pp. 269-297.

GOLDIN, Adrián

2001 “Las fronteras de la dependencia”. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*. Madrid, 2001, número 2.

LEDESMA CÉSPEDES, Carlos

2013 Estudio regional sobre trabajo autónomo y economía informal: Delimitación conceptual y análisis normativo. Lima: OIT / Oficina Regional para América Latina y el Caribe.

NEVES MUJICA, Javier

2012 *Introducción al Derecho del Trabajo*. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO

2006 *La libertad sindical*. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. 5ta edición (revisada). Ginebra: OIT.

RIFKIN, Jeremy

2000 *La era del acceso: La revolución de la nueva economía*. Paidós.

ROGERS, Brishen

2015 “The Social Costs of Uber”. *The University of Chicago Law Review*. N° 82, 2015; pp. 85-102.

ROQUETA BUJ, Remedios

2012 “Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. Los acuerdos de interés profesional”. *Temas laborales*. Andalucía, 2012, N° 114; pp. 13-30.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo

1996 *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*. Lima: Ara Editores.

2000 “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?”. En: *Doctrina Judicial Laboral*. Rosario, N° 2, julio de 2000.

2013 “El poder de dirección frente a las transformaciones económicas, tecnológicas y productivas”. En: SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Derecho del Trabajo: Tendencias contemporáneas*. Lima: Grijley, 2013; p. 128.

TODOLI, Adrián

2015 “El impacto de la ‘uber economy’ en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”. *IUSLabor* 3/2015.

VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo

2006 “La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI”. *Ius et veritas*. Lima, 2006, N° 31; pp. 205-214.

¿IGUAL SALARIO POR IGUAL TRABAJO? LAS DECISIONES JUDICIALES SOBRE HOMOLOGACIÓN DE REMUNERACIONES VISTAS DESDE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Solanch Casia Estrella Revilla⁽¹⁾

“Los humanos somos profundamente diversos. Cada uno de nosotros es distinto de los demás, no solo por las características externas, como el patrimonio heredado, o el medio ambiente natural y social en el que vivimos sino también por nuestras características personales, por ejemplo, la edad, el sexo, la propensión a la enfermedad, las condiciones físicas y mentales. La valoración de las demandas de igualdad tiene que ajustarse a la existencia omnipresente de esta diversidad humana”.

Amartya Sen^{(2)}*

Desde hace varios años se viene presenciando la existencia de demandas con una misma finalidad: obtener por parte de los órganos jurisdiccionales la anhelada homologación del salario en tanto que se alega la existencia de una “discriminación salarial” entre trabajadores que ocupan una misma categoría dentro de una misma empresa. Esta problemática surge cuando un trabajador alega ser discriminado por no percibir la misma remuneración que otro trabajador que

(1) Estudiante de la Universidad Nacional Fedavillareal.

(2) SEN, Amartya. “Nuevo examen de la desigualdad”. Alianza Editorial. 1995. p. 13.

ocupa la misma categoría. De modo tal, que quien reclama ello siente que se ha vulnerado el orden constitucional, y para ser específicos, el principio de igualdad.

A raíz de este supuesto, cualquier persona que perciba dicha situación recurre a la justicia ordinaria a fin de que entre a tallar la labor de los jueces, administrar justicia en el ámbito laboral (Poder Judicial), a efectos de determinar si a) nos encontramos ante un hecho de discriminación salarial y, por ende, si corresponde el reintegro de remuneraciones, tomando como base un supuesto “homólogo” o “par”; o por el contrario b) si nos encontramos frente a casos en los que existen criterios objetivos (antigüedad, formación profesional, trayectoria laboral, capacitaciones, meritocracia, etc.) que justificarían *prima facie* una diferencia salarial válida acorde a la normativa constitucional y respetuosa de los principios de igualdad y no discriminación.

De modo tal que, analizando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, podremos avizorar el modo de interpretación que la justicia nacional ha tomado para resolver la materia en cuestión y, a partir de ello, concluir que sí es posible la existencia de diferencia salarial entre dos trabajadores que ocupan una misma categoría.

Sin embargo, antes de empezar, y para aterrizar en el problema, es necesario tener en claro algunos conceptos en los que podremos apoyarnos para dilucidar la posición asumida por la jurisprudencia; y, de igual forma, los argumentos que la doctrina ha hecho suyos a lo largo del tiempo. Finalmente, fundamentaremos nuestra posición al respecto.

I. MARCO GENERAL

Es menester hacer hincapié en que para la doctrina, y, en tal sentido, nuestra legislación, la remuneración constituye uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo⁽³⁾. Ello porque se entiende que la remuneración es “la ventaja patrimonial que se recibe como contraprestación del trabajo subordinado”⁽⁴⁾. En este sentido, refiere Neves Mujica que esta “es el pago que corresponde al trabajador

(3) No obstante, no podemos evitar señalar los clásicos elementos esenciales para la existencia de una relación laboral: la prestación personal, la subordinación y la remuneración. Puede consultarse también en: NEVES MUJICA, Javier. “Introducción al Derecho del Trabajo”. Fondo Editorial PUCP, 2da. Edición, Lima, 2012. Pp. 33-41.

(4) LOPEZ BASANTA, Justo. “El Salario”. En: DE BUEN LOZANO, Néstor y MORGADO VALENZUELA, Emilio. “Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. Serie G: Estudios Doctrinales, N° 188. Primera Edición. México. AIADTSS - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1997, p. 447.

por la puesta a disposición de su actividad”⁽⁵⁾, sin lo cual no existiría una perfecta relación laboral. Dicho autor también destaca que la contraprestación sería un aspecto primordial en la relación laboral. Por lo que, cabe precisar también que, para el autor en referencia, “atañe contextualizar la remuneración dentro del fin económico o productivo que encierra la actividad del trabajador”⁽⁶⁾.

Entonces puede decirse que el contrato de trabajo viene constituido principalmente por la prestación laboral y por la prestación salarial. Asumiendo que el salario es la prestación básica del empresario sin la que no existe dicho contrato de trabajo⁽⁷⁾.

Igualmente, es importante mencionar que, una vez que se ha establecido el contrato de trabajo, o bien se ha procedido a la renovación de este, de acuerdo a los principios de contraprestación recíproca, “las cláusulas pactadas son Ley entre las partes siendo su cumplimiento obligado”⁽⁸⁾.

Es así que, en nuestro país, los artículos 23 y 24 de la Constitución se encargan de reafirmar lo señalado en líneas precedentes y de determinar de esa forma, la esencia de la remuneración: el carácter contraprestativo; formándose así una relación en la que para exigir este derecho deba existir un título específico, el de trabajador, “el cual supone una prestación que configura la “posición de débito” de este: la de trabajar”⁽⁹⁾. En consecuencia, mientras el trabajador se encuentre trabajando, es decir, poniendo a disposición su fuerza de trabajo, tiene el derecho a percibir una remuneración a fin de garantizar su existencia.

De esta forma, conforme hemos planteado inicialmente, han surgido nuevas pretensiones vinculadas a la relación laboral. Tal es el caso en el que un trabajador se siente insatisfecho con la remuneración que recibe al contemplar que otro trabajador percibe una remuneración mayor, a pesar de ocupar la misma categoría dentro de una misma empresa.

Consecuentemente, al suceder ello, se activan los mecanismos que el Derecho nos brinda para satisfacer una pretensión legítima dado que el trabajador considera que se ha violado el principio constitucional de igualdad de trato y de esa

(5) NEVES MUJICA, Javier. “Introducción al Derecho Laboral”. Fondo Editorial PUCP, 2da. Edición, Lima, 2003, p. 28.

(6) *Ibidem*. p. 19.

(7) ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. “El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales”. Ed. Deusto. España. 1992. p. 128.

(8) BLASCO PELLICER, Ángel. “La individualización de las relaciones laborales”. Consejo Económico y Social. España. 1995. p. 261.

(9) MONTOYA MELGAR, Alfredo. “Derecho del Trabajo”. 33ª Edición. Editorial Tecnos. España. p. 31.

forma, solicita que se actúe conforme a lo que el Estado Constitucional de Derecho provee. Es adecuado recordar aquí que “todas las constituciones democráticas han presupuesto seres humanos preparados y dispuestos a controlar sus pasiones y a hacer armonizar sus intereses y los de sus vecinos con criterios amplios y racionales y actuar en concordancia a este proceso”⁽¹⁰⁾.

II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Así, el principio de igualdad, reconocido a nivel supra⁽¹¹⁾ e infraconstitucional⁽¹²⁾ parte de la premisa de la igual valía moral de los individuos, o la importancia de sus vidas desde una perspectiva objetiva. Al ser así, las personas deben ser tratadas como iguales⁽¹³⁾. Cabe precisar también que, partiendo de considerar que la igualdad posee diversas dimensiones, para algunos autores, esta “se verifica por la presencia de los siguientes aspectos: (i) plural; (ii) relacional; y, (iii) comparativo⁽¹⁴⁾”.

Con la misma idea, pero con una proposición en negativo, Blume Moore refiere que “lo que prohíbe el principio de igualdad es la diferencia arbitraria, el capricho o la subjetividad irracional del empleador. De esto se desprende que el empleador debe fundamentar la diferencia de trato en circunstancias razonables”⁽¹⁵⁾. A la misma conclusión arriba Martínez Rocamora, al señalar que “la prohibición se concreta en dos exigencias: primero, que debe existir una justificación y, en consecuencia, que el empresario debe acreditarla”⁽¹⁶⁾.

Conforme lo hemos señalado en los párrafos anteriores, en este tipo de procesos, se invoca el principio de igualdad y de no discriminación, sin embargo, es importante tener presente que este principio no es absoluto, pues, el trato diferenciado es válido, sin afectar el principio de igualdad, ante la existencia de causas objetivas y razonables para ello. Así, la dimensión formal del principio de igualdad,

(10) Nos remitimos a una cita hecha por Peter Haberle a Stefan Heym en su novela “Montenegro”. Edición De Bolsillo. 1987. p. 125. Para mayor información: HABERLE, Peter. “La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional”. Fondo Editorial PUCp. 1era Edición. Perú. 2001. p. 27.

(11) Convención Americana de Derechos Humanos. Art. 1.1 y 24.

(12) Constitución Política del Perú. Art. 2.2 y 26.

(13) ALEGRE, Marcelo. “Igualdad, Derecho y Política”. Fontamara. 2010. p. 15.

(14) PEREZ LUÑO, Antonio. “Dimensiones de la Igualdad”. Dykinson. España. 2005. p. 18.

(15) BLUME MOORE, Iván. “Mejoras salariales, principio de igualdad y no discriminación entre trabajadores”. En: *Ius Et Veritas*, N°42. Lima. 2011. p. 235.

(16) MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis Gabriel. “Decisiones empresariales y principio de igualdad”. Cedecs S.L. España. 1998. p. 243.

conforme lo señala Javier Neves, “exige una verificación de hecho, para comparar individuos y determinar si su situación es semejante o no, y después reclamar un trato correspondiente a lo comprobado”⁽¹⁷⁾. Por lo cual, en caso de inexistencia de dichas causas y la configuración de un motivo prohibido para conferir tal trato diferente (sexo, raza, religión, opinión, etc.), es ahí donde nos encontraríamos frente a un tema de discriminación directa, vedada por el ordenamiento nacional e internacional.

El artículo 23.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ha establecido que “toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”. Por ello, el derecho a percibir igual remuneración se vincula con la prohibición de no discriminar, lo cual se encuentra recogido en diversos instrumentos de carácter internacional, como el ya señalado.

Al respecto, es preciso acotar que el derecho a la igualdad consagrado en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución no tiene una lectura absoluta; por el contrario, conforme lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, no toda diferenciación está prohibida, ni supone una discriminación, en tanto esta se sustente, como en el caso que nos ocupa, en una base objetiva, razonable, racional y proporcional; así tenemos que, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1399-2001-AA/TC publicada el 18 de marzo de 2003, se señala:

TERCERO.- “(...) la cláusula de igualdad está referida a que no se introduzcan diferenciaciones de trato que no tengan base objetiva o no sean razonables, eso es, que se trate de tratamientos arbitrarios basados en la subjetividad, capricho o en virtud de criterios artificiosos conforme aparece de las hipótesis negativa detallada en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución”

QUINTO.- “En conclusión no todo trato desigual, es inconstitucional, sino únicamente aquel que aparezca como decididamente irrazonables”.

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional ha indicado, en el Expediente N° 1875-2004-AA/TC, que:

“(...) el principio de igualdad no se encuentra reñido con el reconocimiento legal de la diferencia de trato, en tanto este se sustente en una base objetiva, razonable, racional y proporcional. El tratamiento

(17) NEVES MUJICA, Javier. “Introducción al Derecho del Trabajo”. Fondo Editorial PUCp. 2da. Edición. 20012.

jurídico de las personas debe ser igual, salvo en lo atinente a la diferencia de sus ‘calidades accidentales’ y a la naturaleza de las cosas que las vinculan co existencialmente.”

Como apreciamos, el máximo intérprete de la Constitución reconoce la consagración del principio de igualdad; sin embargo, advierte que esta figura no es ilimitada, y, ante variantes verificables de supuestos de hecho resulta viable la diferenciación objetiva, la misma que, a su vez, ha sido tratada por la Corte Suprema al determinar los criterios básicos a considerarse para verificar si nos encontramos frente a un caso de discriminación, como la invocada en el caso concreto. En ese sentido, podemos afirmar entonces, tal como lo señala Martínez Rocamora, que “las diferencias salariales son, por tanto, algo intrínseco a la naturaleza de una economía de mercado, necesarias, quizás, en la sociedad industrial, aunque levanten todo tipo de recelos y sospechas por parte de algunos trabajadores o asociaciones que aspiran a un modelo más igualitario⁽¹⁸⁾.”

Por lo descrito anteriormente, debemos advertir que, lo que está prohibido es la arbitrariedad y no la diferencia razonable, la cual debe ser aplicada en estos tipos de procesos (reintegro de remuneraciones y/o homologación de remuneraciones) a efectos que los jueces puedan verificar que la diferencia salarial existente radica en criterios objetivos que diferencian a cada trabajador (fecha de ingreso⁽¹⁹⁾, trayectoria laboral, capacitaciones, formación profesional, meritocracia, aplicación de convenios colectivos en el tiempo, etc.).

1. El principio de igualdad en la jurisprudencia laboral peruana

En la actualidad, este criterio ha sido acogido por la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, la cual emitió el 12 de diciembre de 2005 la Casación N° 208-2005-PASCO (precedente vinculante), mediante la cual estableció criterios objetivos de diferenciación de observancia obligatoria, los cuales consideramos son los criterios mínimos que deben ser aplicados para determinar si existe igualdad objetiva entre dos trabajadores. Estos son:

- i) La procedencia del demandante y del homólogo propuesto, con el cual se realizan las comparaciones;

(18) *Ibíd.* p. 228.

(19) Esto sucede en países como Japón, donde la antigüedad es uno de los motivos esenciales de los aumentos salariales. Así lo señala Francois Eyraud. “Igualdad de remuneración y valor del trabajo en los países industrializados”. *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra. Vol. 112, Num.2, 1993. p. 246.

- ii) La categoría o nivel ocupacional al que pertenece el homólogo propuesto y el demandante.
- iii) La antigüedad laboral en la empresa, las labores realizadas por el demandante y el homólogo propuesto.
- iv) Una correcta diferenciación disgregada entre los conceptos remunerativos que se perciben en el caso del demandante y el homólogo propuesto.

Posteriormente, se emitió la Casación N° 601-2006 Del Santa, en la cual, la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia señaló que “(...) ante igual labor asiste el derecho a un trabajador a percibir igual remuneración, con excepción en aquellos casos en que la percepción diferenciada de remuneración responda a circunstancias objetivas y subjetivas –evaluación de tareas, antigüedad, categoría, experiencia, méritos, entre otros– e inclusive a actos de liberalidad del propio empleador⁽²⁰⁾.”

Asimismo, la Casación N° 16927-2013-Lima de fecha 27 de agosto de 2014, proceso iniciado por el señor Wilfredo Bazán Ramírez contra Telefónica del Perú S.A.A, estableció lo siguiente:

“4.7 En dicha línea argumentativa, de la *ratio decidendi* del colegiado, expuesta en el acápite precedente, se observa que la Sala de mérito, no realiza un análisis aplicando los parámetros objetivos de comparación entre el demandante y el homólogo ofrecido, en los cuales se evalúen entre otros factores: i) la empresa proveniente, ii) la trayectoria laboral, iii) las funciones realizadas, iv) la antigüedad en el cargo y la fecha de ingreso, v) el nivel académico alcanzado y la capacitación profesional, vi) la responsabilidad atribuida, vii) la experiencia y el bagaje profesional: a efectos de contrastar fehacientemente si en el caso de autos ha acaecido algún supuesto de discriminación salarial que vulnere el principio de igualdad, más aún si un empleador se encuentra en la potestad de realizar el pago de remuneraciones diferenciadas a sus trabajadores, siempre que dicha diferenciación se otorgue sobre la base de factores legítimos, razonables y objetivos (...)”.

(20) Perú. Corte Suprema de Justicia. Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 601-2006 Del Santa, de fecha 05 de setiembre de 2006.

De lo expuesto en las sentencias en referencia, se advierte que no debe concebirse como prohibido la existencia de diferencia salarial entre dos o más trabajadores, siempre y cuando, se cumpla con la verificación de los criterios antes expuestos y, se cumpla que, tal como refiere Ferro Delgado, “no toda distinción, exclusión o preferencia constituye un acto de discriminación, violatorio, por tanto, del derecho a la igualdad. Para que tal efecto se produzca, es necesario que tal distinción, exclusión o preferencia resulte arbitraria, se sustente en alguna categoría social protegida por la Constitución Política o por los convenios internacionales, y tenga por efecto, sobre los trabajadores involucrados, la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”⁽²¹⁾.

En ese sentido, consideramos que no puede sustentarse que el pago de remuneraciones distintas implique, por sí, un supuesto de desigualdad irracional. Por el contrario, es posible que existan causas objetivas y razonables, que justifiquen la diferencia salarial existente, tales como el desarrollo de diversas funciones, la antigüedad laboral, la experiencia, responsabilidades distintas entre trabajadores, etc. Así por ejemplo, se desprende de lo dicho por Alain Supiot sobre una lectura del artículo L.122-45 del Código de Trabajo Francés⁽²²⁾.

Otro de los aspectos que consideramos que deben tomarse en cuenta para justificar la diferencia salarial existente entre dos trabajadores es la aplicación en el tiempo de los beneficios derivados de los convenios colectivos, los cuales consideramos van de la mano con la antigüedad que posea el trabajador, pues a mayor antigüedad que posea en la empresa, serán mayores los beneficios que le sean aplicables producto de los convenios colectivos. Lo antes señalado, se encuentra recogido así, por ejemplo, en la Casación Laboral N° 6000-2013 de fecha 20 de setiembre de 2013, mediante la cual la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido que los convenios colectivos suscritos entre la empresa Telefónica del Perú S.A.A y sus organizaciones sindicales, constituyen una explicación razonada de la diferencia remunerativa que existe entre los trabajadores. En ese sentido, señaló lo siguiente:

“SEXTO: (...) ya que la empresa demandada Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta no ha fijado o impuesto unilateralmente los montos remunerativos, sino que estos fueron fijados a través de una negociación colectiva, la que constituye un acuerdo arribado a

(21) FERRO DELGADO, Víctor. “Unificación de la doctrina jurisprudencial laboral y Constitucional”. En: Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional. Lima: Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. II Congreso Nacional, 2006. p. 504.

(22) A lo señalado: SUPIOT, Alain. “Derecho del Trabajo”. Ed. Heliasta, Buenos Aires. 2008. p. 81.

través del diálogo entre trabajadores y el empleador; siendo esta la explicación razonada para la diferencia remunerativa”.

Finalmente, con ello que, el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación”, se encuentra establecido en el artículo 26 inciso 1) de la Constitución Política del Perú, el cual ha merecido una correcta interpretación por el Tribunal Constitucional en el fundamento 23 de la sentencia recaída en el Exp. N° 008-2005-PI/TC, en la que se determina que:

El principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, permite efectuar diferenciaciones, siempre que éstas se encuentren justificadas en elementos objetivos y razonables.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, debemos recalcar que si es viable que se declare fundada la existencia de discriminación salarial entre 2 trabajadores, puesto que, los empleadores no logran acreditar fehacientemente la existencia de aquellos rasgos diferenciadores que originan la de diferencia salarial. Muestra de ello, es lo resuelto por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 1889-2012 CUSCO, mediante la cual se establece lo siguiente:

“SEGUNDO: (...) la demandada no justifica el pago de remuneraciones diferenciadas al no haber aportado prueba que justifique el pago de remuneraciones diferenciadas” (...)

2. El principio de igualdad en la normativa y jurisprudencia internacional

Al respecto, es necesario traer a colación el inciso 1 del artículo 1 del Convenio 111 de la Organización Internacional de Trabajo, sobre discriminación en el empleo y ocupación, ratificado por Resolución Legislativa N° 17687 de fecha 10 de agosto de 1970 establece lo siguiente:

“Artículo 1

A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

- (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
- (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trata en

el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”.

Como se puede apreciar, en el citado dispositivo se establecen aquellos supuestos que comprende el término discriminación, siendo que ninguno de ellos se ha dado en el presente caso. Deberá entonces verificarse si efectivamente nos encontramos frente a un supuesto de discriminación o si por el contrario nos encontramos ante una diferenciación basada en una justificación objetiva y razonable.

Por su parte, el artículo 7 del literal a) numeral i) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece lo siguiente:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores.
- i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual”.

En ese mismo sentido, en el año 2003, el Director General de la OIT, Juan Somavia, señaló en su Informe Global, titulado “La hora de igualdad en el trabajo” que “(...) En el empleo o la ocupación, las distinciones fundadas en méritos personales no se consideran discriminatorias. El concepto de mérito o de capacidad se refiere a la relación existente entre el acervo de aptitudes, conocimientos y cualificaciones de una persona y los requisitos que debe reunir para el desempeño de un trabajo en particular”⁽²³⁾. Asimismo, Martínez Vivot acepta que “existe la posibilidad de remuneraciones distintas, más allá de los límites inferiores al efecto, por valoraciones aceptables, que no importan discriminación por sexo, sino tal vez el valedero propósito de acercarse al principio de salario justo que, más allá de las tareas y el sexo, tienen en cuenta circunstancias personales evaluables, sin arbitrariedad del empleador”⁽²⁴⁾.

(23) OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe del Director General. “La hora de la igualdad en el trabajo”. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 91ª Reunión. 2003. Informe I (B). Ginebra: OIT, 2003. p. 23.

(24) MARTINEZ VIVOT, Julio. “La remuneración de la trabajadora. El principio de igual remuneración por

Por su parte, en el ámbito de justicia internacional, el TEDH señala que de existir una diferencia en el trato a personas en análoga o similar situación “está diferencia de trato será discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable; en otras palabras, si no persigue un fin legítimo y si no tiene una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido”⁽²⁵⁾.

Esa es la línea en la que, de forma muy similar, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha establecido que “para determinar si estamos ante una vulneración del principio de igualdad retributiva, deberemos analizar si los dos trabajadores ejercen un mismo trabajo o se encuentran bajo las mismas condiciones. Para ello, deben comprobarse un conjunto de factores a fin de poder considerar que existe una situación comparable; entre ellos:

- a) la naturaleza del trabajo;
- b) las condiciones de formación;
- c) las condiciones laborales⁽²⁶⁾.

Adicionalmente a lo expuesto, consideramos que al alegarse la existencia de discriminación salarial debe ser aplicable la institución de la carga de la prueba, a efecto que los trabajadores acrediten que efectivamente han sido víctimas de discriminación salarial, sin perjuicio que los empleadores puedan demostrar que dicha diferencia salarial es razonable en base a los criterios objetivos expuestos con anterioridad, sin embargo, en los casos en los que efectivamente no se cumpla ello, consideramos que es viable que se los jueces declaren fundadas las demandas de homologación salarial pues no se ha cumplido con las exigencias establecidas en la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional. De esa forma, tal como lo señala Francisco Eguiguren “la carga de la prueba corresponde a quien alega la afectación del principio a la igualdad de trato, simultáneamente compete a quienes asumen la defensa de la legitimidad constitucional de la diferenciación, la obligación de fundamentar que dicha distinción cubre los requisitos de racionalidad y necesidad, en orden a la salvaguarda de los fines y valores dignos”⁽²⁷⁾.

un trabajo de igual valor”. En: “El Salario. Estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez”. Tomo I. Amalio M. Fernández. Uruguay. 1987. p. 674.

- (25) Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Carson y otros contra el Reino Unido. Sentencia de 16 de marzo de 2010. Párr. 71. En el mismo sentido, puede verse: D.H y otros contra República Checa. Sentencia de 13 de noviembre de 2007. Párr. 175. Burden contra Reino Unido. Sentencia de 29 de abril de 2008. Párr. 60.
- (26) Unión Europea. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Asunto C-427/11 Kenny y otras. Sentencia de 28.2.2013. Fundamento 27. Asimismo, puede verse en: Sentencias de 11 de mayo de 1999, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, C-309/97, Rec. p. I-2865, apartado 17.
- (27) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “Principio de igualdad y derecho a la no discriminación”. En: Ius Et Veritas. Año 8. Número 15. Lima. p.67.

III. CONCLUSIONES

- Creemos que resulta indispensable efectuar el análisis desarrollado en el presente artículo y que se encuentra respaldado por los diversos pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la República y los órganos internacionales a efectos de delimitar si procede o no la homologación de remuneraciones solicitadas por los demandantes conforme a los criterios objetivos señalados (fecha de ingreso, capacitaciones, trayectoria laboral, meritocracia, aplicación de convenios colectivos en el tiempo, funciones, etc.), en caso no se cumpla con estos criterios, es válido que los jueces declaren fundadas las demandas de este tipo, toda vez que los empleadores no han cumplido con justificar las razones que han originado la diferencia salarial existente.
- Otorgar la misma remuneración a otro trabajador solamente por ocupar la misma categoría, significaría perpetuar una discriminación indirecta. Por ejemplo, partir de la premisa de que dos sujetos con tareas aun mínimamente diferentes sean tratados de la misma forma (con la misma remuneración).
- Consideramos que el tiempo otorga derechos y ello es un rasgo diferenciador que distingue a un trabajador de otro. Como en el caso de quienes con el transcurrir del tiempo, han visto elevar su remuneración debido a las diversas categorías que han ocupado durante su relación laboral; asimismo, por los beneficios que se le pudieran haber aplicado en base a la suscripción de convenios colectivos, por lo que no sería posible que una persona con menor antigüedad exija la misma remuneración pese a tener la misma categoría.
- Es importante visualizar el rol que asumen las partes frente a los jueces, a efectos de determinar si corresponde o no la homologación de remuneraciones solicitada, pues de ellos dependerá en mucho la decisión, a partir del material probatorio que aporten las partes en el desarrollo del proceso y tras esa premisa, la actividad interpretativa que se ejerza, a fin de aplicar los criterios objetivos antes expuestos y se desarrolle una correcta aplicación del principio de igualdad.

LAS EXCEDENCIAS LABORALES COMO UNA FORMA DE MEJORA LA CONCILIACIÓN ENTRE EL TRABAJO Y LA VIDA FAMILIAR DEL TRABAJADOR

Samuel Paz Enríquez⁽¹⁾

INTRODUCCIÓN

Actualmente, las economías del mundo están sufriendo cambios tecnológicos que generan una mayor versatilidad en las formas de producción de bienes y servicios, lo que –de por sí– generan diversos cambios en las formas de desarrollarse el Derecho del Trabajo y –por ende– las obligaciones tanto de los trabajadores como de los empleadores, en palabras de Jorge Toyama, existe un cambio trascendental en la manera de entender el Derecho del Trabajo y las relaciones laborales, que están sufriendo un proceso que denomina deslaboralización...

“(...) por una serie de motivos concurrentes y un reconocimiento a la voluntad constitutiva de las partes en la determinación de sus relaciones jurídicas. Estas **modificaciones están erosionando las bases mínimas de las relaciones laborales clásicas, de tal modo que se impone la necesidad de una ‘readecuación’** del enfoque de prestación subordinada y remunerada de servicios en régimen de ajenidad (...)”

Las modificaciones del sistema económico y social y la tendencia que existe por la adecuación del Derecho del Trabajo a la política

(1) Estudiante de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

económica originan un decantamiento de las relaciones laborales y, ciertamente, una fisura en la tutela jurídico-laboral a tales relaciones de exclusión. En última instancia, **las exclusiones sociales y la necesidad de amparo jurídico o político de estas terminan por excluir de la aplicación del Derecho Laboral a ciertas relaciones jurídicas**, o a la progresiva aplicación de una reducción de costos ocasiona una menor aplicación de las instituciones laborales”⁽²⁾. (énfasis agregado).

Como se aprecia, estos cambios en las relaciones laborales no solamente obligan al Derecho del Trabajo y al Estado a adecuarse al surgimiento de nuevas medidas económicas, sino también a adoptar diversas políticas garantistas que reduzcan al mínimo posibles afectaciones a los derechos básicos de los trabajadores.

Pues bien, el rol del Estado desde los inicios del Estado de bienestar (procurar asegurar el bienestar básico y protección social para los ciudadanos) en materia de relaciones laborales debe ser el de garantizar y promover los derechos sociales de los trabajadores, quienes –desde los orígenes– eran los que tutela estatal contra el poder de los empresarios, quienes por detentar los medios de producción y los materiales necesarios imponían sus intereses por sobre los de los trabajadores. Es decir, era necesario que por medio de la actividad del estado se tenga una sociedad más redistributiva y protectora de los trabajadores⁽³⁾.

En efecto, inclusive desde antes del surgimiento del Derecho del Trabajo y de la necesidad de existencia de un régimen legal específico que procure la protección de los derechos de los trabajadores existía un claro desequilibrio o desigualdad⁽⁴⁾ entre estos y sus empleadores que se inclinaba en favor de estos últimos.

En atención a lo anterior, es claro que el principal agente de la relación laboral y el que merece protección por parte del estado es el trabajador; sin embargo, ¿es el único? O ¿existen otros agentes que finalmente suelen verse afectados con las implicancias existentes en la relación del trabajo? Estas preguntas

(2) TOYAMA, Jorge. Derecho Individual del Trabajo. Lima: Gaceta Jurídica. 2011.

(3) Ver: GUTIÉRREZ, Ana. El Estado de Bienestar en España (1978-2013) – *The welfare State in Spain*. Adaptación a Grado en Relaciones Laborales. Cantabria: Universidad de Cantabria. Página 5-6. Consulta: 24 de agosto de 2016. <http://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/5178/%5B2%5D GutiérrezMartínezAna.pdf?sequence=1>. Se hace referencia a Jorge Luis Monereo Pérez.

(4) El principio o sustento básico del Derecho del Trabajo –según Oscar Ermida– es el principio protector, el cual procura la reducción de la desigualdad propia toda relación laboral o –en todo caso– para evitar peores efectos de la misma. En ese sentido, pone como eje central de la protección brindada por el Derecho del Trabajo a la desigualdad existente entre los intereses del empleador y del trabajador.

En ERMIDA, Oscar. “Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y no Discriminación”. En: Derecho y Sociedad. Lima, 2011, número 37.

las responderemos a lo largo del presente artículo teniendo como punto fundamental el derecho a la unidad familiar del trabajador y el deber que tiene de proteger a su familia.

Lo anterior nos servirá para demostrar lo conveniente que sería la instauración de una política de excedencias laborales— por parte de los empleadores— que tenga como finalidad fortalecer la conciliación entre la vida laboral y familiar del trabajador.

II. LA UNIDAD FAMILIAR DEL TRABAJADOR COMO FACTOR DE PROTECCIÓN EN DIVERSOS ORDENAMIENTOS INTERNACIONALES

En este punto analizaremos cómo en ámbitos y niveles extraterritoriales la protección de la familia es tanto un derecho como un deber de los ciudadanos, lo cual nos permitirá erigirlo como el sustento trascendental para la instauración de una política del empleador que regule las excedencias laborales.

a) La protección de la familia en el ámbito internacional

A nivel internacional existen diversos tratados que regulan la protección de la familia. En primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 16.3 expresamente dice que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Por otro lado, también se pronuncia de manera similar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 10 y 11, que versan de la siguiente forma:

Artículo 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

- 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.**
- 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia**

con remuneración o con prestaciones adecuadas de Seguridad Social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la Ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la Ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

Artículo 11

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

A nivel internacional, mediante diversos tratados también se tienen que la protección de la familia de los ciudadanos en general y de los trabajadores en particular es y debe ser un objetivo de todos los Estados, en tanto es un elemento natural y fundamental para la sociedad.

b) La protección de la familia en el ámbito europeo

Por otro lado, en el contexto europeo, en el que actualmente tiene una importante influencia el concepto de la conciliación entre la vida familiar y laboral de los trabajadores se tomó consciencia de que el Derecho al Trabajo no solamente debe garantizar estándares y derechos mínimos en favor de los trabajadores, sino también debe proteger su entorno familiar, el cual se considera tiene incidencia en la prestación de servicios subordinados.

En efecto, a nivel de la Unión Europea (UE) varias normas han promovido la protección del ámbito familiar de los trabajadores. Una primera norma supranacional es la Carta Social Europea (revisada) emitida en 1996, en la que –en primer lugar– se reconoce el derecho a la Seguridad Social no solo del trabajador (como parte titular de la relación laboral), sino también de las personas que

se encuentran a su cargo (dependientes)⁽⁵⁾. Asimismo, en el punto 16 de la misma carta se establece que la familia es la célula fundamental de la sociedad y – como tal– tiene derecho a una adecuada protección social, jurídica y económica.

En ese sentido, con esta normativa notamos que existe una clara consciencia de que el derecho a la familia debe tener protección no solo jurídica, sino también social. Ahora bien, específicamente esta norma en su artículo 27 hace referencia a un conjunto de normas que regulan los derechos de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato.

Al mismo tiempo, se compromete a los Estados parte a adaptar las condiciones laborales reguladas en cada uno de sus sistemas jurídicos a las necesidades de los trabajadores con responsabilidades familiares; así como también se compromete a las partes a adoptar medidas que prevean la posibilidad de otorgar permisos a los padres (hombre y mujer) para el cuidado de los hijos.

Posteriormente, en el año 1989 se promulgó el Texto de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores, en el que se compromete a los Estados miembros de la UE a desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares.

Por otro lado, en el año 2007 se emitió la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la que expresamente se dispone que existe a nivel de UE una finalidad de conciliar la vida familiar y profesional de los trabajadores, promoviendo medidas como los permisos, ya sean por maternidad o paternidad con motivo del nacimiento de un hijo o de la adopción.

Por último, a nivel europeo es importante destacar que actualmente se está incentivando una serie de paquetes (regulaciones integrales de diversa índole) que tienen como finalidad lograr la conciliación entre la vida profesional y laboral, al punto de declarar que el año 2014 el año de la conciliación de la vida laboral y familiar.

Como podemos apreciar, en Europa se ha adoptado la consciencia –al punto de hacerlo como una necesidad de regulación y promoción– de brindar protección y garantizar el ámbito familiar de los trabajadores. Es decir, que, al tener el Derecho del Trabajo una clara raigambre social, este no debe ni puede eludir la promoción y protección de un núcleo tan básico como la familia.

(5) Ver la Parte 1, punto 12 de la Carta Social (revisada).

c) La protección de la familia en España

La Constitución de España, dentro de las principales políticas que garantiza y promueve, se encuentran las relacionadas con las políticas públicas de empleo que promuevan el desarrollo social y económico el Estado (artículos 40, 41 y 42); asimismo, se protegen los derechos de protección a la salud y a las políticas destinadas para su tratamiento, previsión y regulación, así como a la protección de aquellos más desvalidos. Del mismo modo, también se aseguran pensiones adecuadas para aquellos ciudadanos de la tercera edad, con la finalidad de asegurarles servicios de salud, vivienda, cultura y ocio en los últimos años de su vida.

Y como es de esperarse, el núcleo básico y más importante de la sociedad no podía ser dejado de lado por la Constitución española, que influenciada –incluso– por la Unión Europea reconoce la necesidad de proteger a la unidad familiar y, particularmente, a los menores de edad que necesitan de una protección directa de los padres.

Pues bien, en la normativa española también se protege la unidad familiar, así como las confrontaciones que puede tener con la conciliación con la vida laboral de las personas. En efecto, el artículo 39.3 de la Constitución es el que sirve de puerta de entrada para brindar facilidades a los padres respecto del cuidado de los hijos, el cual versa de la siguiente forma: “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

A partir de una lectura de esta norma es claro que los padres deben prestar asistencia a sus hijos, inclusive si esta necesidad contraviene con los intereses de un empleador, quien –en todo caso– deberá brindar facilidades a sus trabajadores (este es uno de los sustentos de la regulación de las excedencias laborales para el cuidado de familiares dependientes); en otras palabras, será necesario ponderar el derecho del niño y la obligación del padre a prestarle asistencia, frente al derecho del empleador a que regule sus intereses de acuerdo como le convenga, prescindiendo durante un tiempo determinado –inclusive– de los servicios de este padre de familia, debido a que este necesita tiempo para el cuidado de su hijo.

III. ¿ES POSIBLE HABLAR DE CONCILIACIÓN FAMILIAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO?

Como podemos apreciar de lo mencionado en el punto anterior, la protección de la familia, en tanto es el núcleo básico de la sociedad está garantizada en los ordenamientos constitucionales democráticos en todo el mundo, y su principal

manifestación se da con la obligación del Estado de garantizar el desarrollo de la familia y el bienestar de todos sus integrantes (con mayor relevancia en los menores de edad).

Ahora bien, las relaciones laborales no pueden estar exentas de ello, de modo que no solo se busque proteger a los trabajadores, sino también es necesario que se proteja a quienes dependen de él y pertenecen a su entorno familiar más cercano (cónyuge e hijos). Es imperante referir que de existir una colisión entre el derecho a la unidad familiar y a la protección de la familia de los trabajadores con el Derecho del Trabajo y las facultades inherentes de los empleadores, se debería preferir el primero, debido a lo que esbozaremos en adelante.

La Constitución peruana, como norma fundamental que regula el comportamiento, tanto de los ciudadanos como de las entidades públicas, dispone claramente en su artículo 4° que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protege a la familia y promueve el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Por otro lado, el artículo 6 expresamente dice que “(...) **Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos** (...). Y por su parte, el artículo 24°, centrado especialmente en el ámbito del derecho de los trabajadores establece que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, **que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual**”.

De las citas mencionadas es claro que los padres no solamente tienen el deber de velar por la protección de su unidad familiar, sino –principalmente– por la seguridad, salud y libre desarrollo de la personalidad de los hijos. De esta forma se pronuncia Fermín Chunga, que habla sobre el derecho que tiene los menores, de la siguiente forma: “El aspecto sustantivo del Derecho de Menores lo constituyen los principios de las declaraciones y garantías que aseguran los derechos que tienen los menores a la salud, a la nutrición, a la educación y, en fin, **en síntesis, a poderse desarrollar integralmente dentro de un medio familiar responsable** (...)”⁽⁶⁾.

Por su parte, haciendo referencia al Código de Niños y Adolescentes, Columbia del Carpio, refiriéndose también al Derecho de los niños de vivir en una familia que: “**El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su propia familia**. Los que carecieran de su familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado (hogar sustituto) (...)”⁽⁷⁾.

(6) CHUNGA, Fermín. *Derecho de Menores*. Lima: Editora Jurídica Grijley. Sexta Edición.

(7) DEL CARPIO, Columbia. *Derecho de los Niños y Adolescentes*. Arequipa: Editorial Dongo.

De acuerdo a los autores nacionales mencionados, damos cuenta de que el ordenamiento jurídico peruano protege y promueve el desarrollo de los menores de edad, básicamente y en primera instancia en el entorno familiar en el que se encuentran. En ese sentido, los encargados de velar por la protección de los derechos de los niños son sus padres, quienes son los principales responsables de garantizarles un entorno familiar adecuado.

Por otro lado, lo cual está reconocido por la constitución, el medio de los padres para garantizar la protección de su familia es la remuneración. En efecto, la Constitución establece que el Estado debe procurar la protección y promoción de la familia, inclusive contra las relaciones laborales que, en definitiva, afectan y reducen el tiempo que tendrían los padres para el cuidado y crianza de los hijos.

La propia Constitución es enfática al momento de reconocer que el Estado reconoce el derecho del trabajador de contar, en primera instancia con un trabajo determinado que le permita acceder a una remuneración equitativa y suficiente, que le permita procurar la protección y el bienestar material y espiritual de él y su familia, y claramente de sus hijos⁽⁸⁾.

En efecto, para Elmer Arce, dado que la persona del trabajador se halla intensamente anudada a la fuerza del trabajo que este cede a su empleador mediante un contrato, **el legislador tiene la obligación de realizar todas las acciones posibles para que el salario asegure al trabajador y su familia una vida digna y libre (...)**⁽⁹⁾. En ese sentido, de lo dicho por el autor desprendemos que si bien el trabajador solamente brinda (y es lo único que posee) su mano de obra o fuerza de trabajo al empleador, este además de brindar un salario que asegure tanto la dignidad y libertad de su familiar.

Pues bien ¿qué entendemos por una remuneración equitativa y suficiente que procure el bienestar material y espiritual del trabajador y su familia? Consideramos que se refiere a lo que hemos hecho énfasis en el primer punto de este artículo: la relación laboral no es inmutable y sufre variaciones y cambios a lo largo de la historia, y que en el entorno de un Estado social democrático de derecho, ya no solamente se busca garantizar una proporcional retribución económica por las labores prestadas por el trabajador, sino también esta retribución sirva como un medio de protección de sus dependientes (específicamente, su entorno familiar).

(8) Artículo 24° de la Constitución Política del Perú de 1993.

(9) ARCE, Elmer. *Derecho individual del trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias*. Segunda Edición. Lima: Palestra Editores. 2013.

En ese sentido, es clara la intención que tiene la Constitución al exigir al empleador que vele por la protección del entorno familiar del trabajador, por medio del otorgamiento de una remuneración equitativa y suficiente.

Aunque pudo pasar desapercibido, esta intención protectora y garantista la podemos encontrar en varias obligaciones –que a lo largo de la historia del Derecho del Trabajo– que han sido exigidas al empleador, ya sea con las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad, vacaciones, licencias por maternidad o por paternidad, las cuales –desde nuestro punto de vista– permiten que el trabajador pueda tener mayores medios y espacios para velar por la protección de su entorno familiar.

En ese sentido, actualmente es necesario entender que el trabajador no solo debe ser retribuido proporcionalmente por el trabajo que presta o por lo que equivale la disposición de su mano de obra, sino también porque su familia, en especial sus hijos, requieren una adecuada protección y aseguramiento de su bienestar por medio de ello, lo cual legislativamente no se apoya solo con la remuneración, sino también con el otorgamiento de diversos beneficios sociales.

En efecto, los beneficios sociales no se pagan por el hecho de la prestación efectiva de servicios, sino por la necesidad de asegurar que tanto el trabajador como su familia gocen de una vida digna, y cuenten con protección y bienestar material y espiritual. Al respecto, Elmer Arce dice lo siguiente respecto del objetivo de los beneficios sociales garantizados en el ordenamiento jurídico peruano: “(...) no es el de retribuir la prestación de servicios del trabajador, sino el de asegurar su inclusión social, así como el de su familia”, entrarían dentro de la definición, por ejemplo, la asignación familiar (Ley 25129) (...)”⁽¹⁰⁾.

Por lo tanto, nuestro ordenamiento jurídico no solamente ha sido consciente de que es necesaria la existencia de la conciliación entre la vida familiar y laboral del empleador, sino que a lo largo de este tiempo ha instaurado –tal vez sin querer– sistemáticamente medidas que buscan, no solamente retribuir por la labor realizada a los trabajadores, sino también asegurar y procurar un bienestar material y espiritual a él y a los miembros de su familia.

IV. EJEMPLOS QUE DEMUESTRAN QUE LA CONCILIACIÓN FAMILIAR ESTÁ PRESENTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Como fue mencionado en el apartado anterior, de la referencia hecha a Elmer Arce, uno de los tantos beneficios que procuran la protección y bienestar de

(10) Ídem.

la familia del trabajador es la asignación familiar, que es otorgada a los trabajadores, del régimen laboral de la actividad privada, que tengan hijos menores de dieciocho (18) años; es decir, el legislador ha dispuesto que el empleador otorgue un monto mínimo del 10% de la remuneración mínima vital al trabajador por el solo hecho de ser padre de un menor de 18 años, de manera que existe una obligación compartida de, tanto del trabajador como del empleador de velar por el bienestar de los hijos menores de este último.

Asimismo, existen las gratificaciones entregadas en julio y diciembre, que no son otorgadas porque el trabajador labores más horas de las que le corresponden, sino porque existen fechas festivas que así lo ameritan, y ¿en qué se espera que se invierta o gaste ese dinero? Evidentemente, en pasar un mejor tiempo de calidad a lado de la familia, lo cual –inclusive– se hace más palpable porque esos días son calificados como feriados no laborales. Es decir, que durante esas fechas festivas el trabajador no solamente obtendrá del empleador un monto adicional a su remuneración, sino que también contará con unos días de descanso, para que pueda tener un tiempo de calidad con sus hijos menores.

Por otro lado, podemos ver que las vacaciones también influyen en la protección de la unidad familiar del trabajador, ya que estas no solamente son entregadas para procurar un descanso merecido luego de un año completo de labores, sino también buscan que el trabajador pase tiempo con su familia durante el periodo de duración de las labores⁽¹¹⁾.

Además de estos beneficios sociales, existen disposiciones legislativas que también reconocen –más expresamente inclusive– la necesidad de que los trabajadores –madres y padres– cuenten con tiempos “necesarios” para velar y colaborar con el cuidado de los hijos. Las principales manifestaciones son el descanso por maternidad pre y post natal y la licencia legal por paternidad⁽¹²⁾.

Por último, y no por ello se agota la lista de beneficios sociales y asignaciones garantizadas por el Estado en favor de la protección del derecho a la unidad familiar, se encuentra el subsidio que el Estado –por medio de Essalud– entrega a la que recién fue madre: el subsidio por lactancia, que es un monto de dinero entregado a la madre para contribuir al cuidado del recién nacido⁽¹³⁾.

(11) En el sector minero, muchos trabajadores demandan el pago de sus derechos vacacionales, y como parte de la argumentación que sustenta sus demandas se encuentra el derecho a la unidad familiar, es decir, el derecho que tienen contar con un tiempo de descanso oportuno y adecuado que les permita pasar tiempo de calidad con sus familias.

(12) Ver las leyes N° 26644 (que garantiza el descanso por maternidad) y N° 29409 (Ley que garantiza el descanso por paternidad).

(13) Ver la Ley 26790 y su Reglamento, que reconocen el otorgamiento del subsidio por lactancia.

En ese sentido, consideramos que es posible hablar de conciliación entre la vida laboral y familiar de los trabajadores en el ordenamiento jurídico peruano, y no solo ello, sino ya se ha puesto en práctica regulando los beneficios enumerados en estos últimos párrafos, los cuales no son los únicos.

Por lo tanto, consideramos que el Estado en su deber de proteger y procurar el bienestar del trabajador y su familia ha instaurado la obligación del empleador de otorgar una serie de beneficios sociales que nada tiene que ver con la prestación efectiva de labores, sino que tiene otras finalidades, entre las que se encuentran –según nuestro parecer– la protección y promoción de la familia, obligación que tiene fuente y causa constitucional.

V. LAS EXCEDENCIAS LABORALES COMO UNA FORMA DE GARANTIZAR LA CONCILIACIÓN ENTRE EL TRABAJO Y LA FAMILIA EN EL PERÚ

a) Las excedencias laborales: origen y definiciones históricas en el ordenamiento jurídico español

Como ya lo vimos, en el ordenamiento jurídico peruano sí existen claras referencias a la conciliación entre la vida laboral y familiar del trabajador, lo cual inclusive se demuestra con los derechos y disposiciones legislativas citadas. En ese sentido, ahora cabe preguntarnos si existe la posibilidad de regular las excedencias laborales en el Perú.

Vamos a tomar como referencia la regulación sobre la materia en el ordenamiento jurídico español. Pues bien, las excedencias laborales, se encuentran reguladas en España luego de una larga trayectoria y vaivenes de todo tipo. En un principio, solamente eran reguladas en el sector público (se denominaban excedencias forzosas), es decir, los trabajadores y funcionarios públicos españoles tenían la posibilidad de gozar de ese derecho. Esta regulación no es nueva, ya que las primeras normas datan de finales del siglo XIX, con el Real Decreto del 18 de junio de 1852 (Estatuto Bravo Murillo), el Real Decreto del 4 de marzo de 1866 (Reglamento O'Donnell), la Ley de Bases del 22 de julio de 1918, entre otras⁽¹⁴⁾.

Ello fue el primer paso de regulación de las excedencias en España, luego de ello se extendió al régimen laboral ordinario (privado) por medio de la Ley de

(14) ARGÜELLES, Ana, “Antecedentes, orígenes y evolución histórica de la excedencia laboral”. En: Revista Temas Laborales. Granada, 1997, número 45.

Relaciones Laborales (Ley 16/1976) del 8 de abril de 1976 y, finalmente, siendo regulado por el Estatuto de Trabajadores Español (Ley 8/1980), a partir de lo que se hicieron más trascendentales las excedencias voluntarias.

En un principio, antes de la emisión del Estatuto de Trabajadores, según Ana Rosa Argüelles, “la excedencia voluntaria [la regulada en el ámbito ordinario] se configuró como un derecho del trabajador que estuviese vinculado a la empresa por un contrato de duración indefinida, siempre que su antigüedad fuera superior a dos años (...) Su duración máxima era de cinco años y una vez disfrutada deberían transcurrir cuatro años de servicios efectivos para tener derecho a solicitar una nueva situación”⁽¹⁵⁾ (agregado es nuestro).

Sin embargo, posteriormente con el Estatuto de Trabajadores, se regularon las excedencias solamente como las excedencias voluntarias, diferenciándolas de los supuestos de suspensión, pero tampoco significaba el fin de la relación laboral. En palabras de Ana Rosa Argüelles, “(...) Resultaba oportuno, en esa medida, que quedase claro para el futuro que solo deberían entenderse como excedencias las de carácter voluntario, en tanto que todos los supuestos conceptuados como forzosas entrarían dentro de la suspensión (...)”⁽¹⁶⁾.

En ese sentido, las excedencias en el ordenamiento jurídico español se regularon, en un primer momento, en el ámbito de la administración pública y, luego, en el ámbito privado u ordinario laboral, siendo que –actualmente– se regulan ambos supuestos en el Estatuto de Trabajadores Español⁽¹⁷⁾.

(15) Ídem.

(16) Ídem.

(17) Artículo 46. Excedencias:

1. La excedencia podrá ser voluntaria o forzosa. La forzosa, que dará derecho a la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad de su vigencia, se concederá por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo. El reingreso deberá ser solicitado dentro del mes siguiente al cese en el cargo público.
2. El trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a dos años y no mayor a cinco. Este derecho solo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia.
3. Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia, no superior a tres años, para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, a contar desde la fecha de nacimiento de este. Los sucesivos hijos darán derecho a un nuevo período de excedencia que, en su caso, pondrá fin al que se viniera disfrutando. Cuando el padre y la madre trabajen, solo uno de ellos podrá ejercitar este derecho.

Durante el primer año, a partir del inicio de cada situación de excedencia, el trabajador tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo y a que el citado período sea computado a efectos de antigüedad. Finalizado el mismo, y hasta la terminación del período de excedencia, serán de aplicación, salvo pacto colectivo o individual en contrario, las normas que regulan la excedencia voluntaria.

Pues bien, ¿qué son las excedencias laborales en sí? Son un supuesto de interrupción de los efectos del contrato de trabajo, que oscilan entre la suspensión y la disolución del mismo. Más claramente lo menciona Ramón Gonzáles de la siguiente forma:

“(…) bástenos por ahora describirla como un *tertium genus* entre la suspensión y la extinción del contrato de trabajo, cuyo rasgo fundamental, casi distintivo y definitorio, expresamente expuesto por la norma (artículo 46.5 ET), lo constituye el ‘derecho preferente al reingreso’, que –a diferencia de la suspensión– no se puede entender como un derecho de reserva de puesto y –a diferencia de la extinción– aún se mantiene mínimamente viva por ello la relación laboral entre el empleador y el trabajador”⁽¹⁸⁾.

Es decir, al no ser una reserva de puesto, el empleador se encuentra habilitado de cubrir ese puesto de trabajo vacante de la manera que más le convenga: contratar a otros trabajadores, eliminar el puesto de trabajo del excedente por necesidades de la empresa, etc.⁽¹⁹⁾ Todo ello debido a que no es necesariamente una reserva, sino –al contrario– es un derecho preferente de reingreso, lo que no significa que sea al mismo puesto que ocupaba, sino a uno de similar o mejor categoría (en caso así lo decida, también podría ser uno de menor categoría).

Ahora bien, las excedencias laborales –en el ordenamiento español– son usadas con diversas finalidades, de acuerdo a Nunzia Castelli, pueden ser usados para: (i) contar con un tiempo por el matrimonio contraído; (ii) por el nacimiento de uno o más hijos; (iii) por fallecimiento, accidente o enfermedad de familiares; etc. Tomando en cuenta ello, propondremos el uso de las excedencias en el ordenamiento jurídico peruano.

b) Las excedencias laborales como una forma de mejorar las condiciones de trabajo

Como fue mencionado en el punto anterior, las excedencias laborales serían una buena medida para promover la conciliación entre el trabajo y la familia,

-
4. Asimismo podrán solicitar su paso a la situación de excedencia en la empresa los trabajadores que ejerzan funciones sindicales de ámbito provincial o superior mientras dure el ejercicio de su cargo representativo.
 5. El trabajador excedente conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa.
 6. La situación de excedencia podrá extenderse a otros supuestos colectivamente acordados, con el régimen y los efectos que allí se prevean.

(18) GONZALEZ, Ramón. *La excedencia voluntaria laboral*. Albacete: Bomarzo. 2013.

(19) Ídem.

pero debe hacerse un uso correcto del mismo, no indiscriminado. En efecto, la promoción de esta medida se erigiría como óptima y plena para que los trabajadores puedan pasar mejor y mayor tiempo con su familia, en especial con aquellos que requieren de sus cuidados por ser dependientes, ya sean sus menores hijos o inclusive mayores de edad en estado de discapacidad, etc.

Las excedencias servirían como una herramienta útil para asegurar la conciliación mencionada, así como para garantizar los derechos reconocidos en la Constitución y en diversos instrumentos internacionales dirigidos a proteger el ámbito familiar de los trabajadores.

Pues bien, como se puede apreciar, la instauración de una medida como esta, no solamente daría espacio a los empleadores para fortalecer políticas de fomento de la conciliación de la vida familiar y laboral, sino que mejoraría la situación de los trabajadores y su entorno familiar. Al mismo tiempo, una política como esta promovida –en un primer momento– por los empleadores ayudaría a que se reduzca el desempleo (inclusive el subempleo), debido a que se podría permitir la contratación temporal de trabajadores que cubran los puestos de los que gozan de las excedencias; es decir, no solo procuraría la protección del entorno familiar del excedente, sino también procuraría el acceso al empleo.

Sin embargo, las formas de aplicación de una medida como esta escapa de la finalidad del presente artículo, el cual tenía como finalidad dar a conocer el sustento de una medida como esta, la cual –en nuestra opinión– debería ser primeiramente instaurada por los empleadores, y luego –si se da el caso– mediante opciones legislativas.

Por último, a modo de reflexión, estamos convencidos de que la regulación de las excedencias sería un incentivo para promover más aún la conciliación entre la vida familiar y laboral, así como también un incentivo para los empleadores quienes contarían con trabajadores más comprometidos con las propias finalidades del centro de trabajo

CONCLUSIONES

El concepto de conciliación entre el trabajo y la familia de los trabajadores es un concepto ya acuñado en el ámbito europeo, donde inclusive se cuenta con políticas a nivel supranacional (Unión Europea), y cuyo fundamento es la necesidad de velar y proteger el derecho a la unidad familiar de los trabajadores, así como los intereses y derechos de sus dependientes.

Es en este entorno que en España se ha regulado un supuesto de interrupción de la ejecución de las prestaciones de la relación laboral denominado excedencia laboral, el cual es un punto medio entre la suspensión y el cese, que se otorga por periodos prolongados de tiempo y, en su gran mayoría para que los solicitantes puedan cuidar y velar por las necesidades de quienes dependen de él (familiares dependientes).

Tomando en cuenta el fundamento de las excedencias es que creemos que podría instaurarse en el Perú, pero como una política de los empresarios, en un inicio, y luego llegar a ser –inclusive– un política pública que busque generar más beneficios a los trabajadores otorgándoles la posibilidad de interrumpir su relación laboral, sin necesidad de que la pierdan, justamente para atender necesidades básicas de la familia.

Finalmente, esta medida no solamente beneficiaría a las partes titulares de la relación laboral (empleador-trabajador), sino también a los mismos dependientes del trabajador. Por su parte, el Estado también se vería beneficiado, ya que se podría reducir los altos índices de subempleo y desempleo existentes hoy en día.



