

Centenario de la Organización Internacional del Trabajo (1919-2019)

CONTENIDO

- **LANCE COMPA:** La NLRA y los Principios de Libertad Sindical de la OIT: ¿relación compatible o contradictoria?
- **MARIO GARMENDIA ARIGÓN:** "El trabajo no es una mercancía": fundamento conceptual del orden público social.
- **MIGUEL F. CANESSA MONTEJO:** La Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo: una lectura descriptiva.
- **SERGIO QUIÑONES INFANTE / TERESA TORRES:** El Estado peruano y su vínculo con la Organización Internacional del Trabajo a cien años de su creación.
- **LUIS MENDOZA LEGOAS:** La Administración Pública del trabajo desde la perspectiva de la OIT
- **CÉSAR GONZÁLES HUNT / ANDREA VALENCIA GARGUREVICH:** La regulación del derecho de huelga en la OIT y los órganos de control, a propósito de la normativa peruana.
- **ADOLFO CIUDAD REYNAUD / ANDREA SÁNCHEZ MATOS:** La influencia de la normativa de la OIT en el desarrollo del derecho de la negociación colectiva de los trabajadores: del sector público peruano.

SEGURIDAD SOCIAL

- **LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ:** Necesidad de extensión e implementación del convenio 102 de la OIT sobre la seguridad social en el Perú.
- **ÁLVARO VIDAL BERMÚDEZ:** Derecho a la pensión a los 100 años de la OIT: Importancia del estándar internacional y del control de convencionalidad.

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

- **JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA:** Las consecuencias de la tercerización en la seguridad y salud en el trabajo: reflexiones sobre el modelo español de coordinación de la contratación y subcontratación de obras y servicios.

TENDENCIAS

- **JOAQUÍN PÉREZ REY:** El trabajador transparente: relaciones laborales y redes sociales.
- **ROBERTO FRANCISCO GERHARD TUMA / JAVIER ADRIÁN GUÍZAR MONTERO / ROSLYN JIMÉNEZ CORDERO / RAÚL ARANA DE LA ROSA / AMAYA MARÍA GUTIÉRREZ CAÑAL:** Estudio sobre el incremento al salario mínimo en la frontera norte de México.
- **MARCELA AGUILAR:** Probabilidad de tener un empleo informal: Modelo Probit para Honduras y El Salvador bajo reinterpretaciones conceptuales.

Laborem

N.º 21 / 2019



Revista Laborem

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Director

Luis Mendoza Legoas

Consejo Editorial

Miguel Canessa Montejo

Ana Cecilia Crisanto Castañeda

Wilfredo Sanguinetti Raymond

Lima, 2019

Laborem es la revista de doctrina laboralista editada por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Desde 1994, esta publicación ha promovido el debate de asuntos de trabajo desde una perspectiva académica en el campo aplicado y teórico, a nivel nacional e internacional.

En su edición electrónica, la revista alcanza a un número de lectores peruanos y del extranjero, de los ámbitos universitario, gremial, profesional, impulsando el estudio de los asuntos de trabajo a nivel local y comparado. Por ese motivo, la revista respeta el método de citados de las contribuciones originalmente alcanzadas por los autores.

La revista Laborem está alojada en la página de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: sptss.org.pe

PRESENTACIÓN

Con renovado entusiasmo editorial, la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social presenta el número 21 de *Laborem*, que pretende consolidarse como un referente académico del laboralismo peruano. La temática principal, elegida para el retorno de nuestra revista institucional es la del centenario de la Organización Internacional del Trabajo (1919-2019), asunto que es tratado desde diferentes ejes temáticos.

La Organización Internacional del Trabajo, como espacio de concertación social a nivel mundial, ha cumplido un papel gravitante en el campo de las relaciones laborales en sus cien años de andadura, a partir de la construcción y afirmación de estándares internacionales de protección de los derechos laborales y de la aplicación dinámica de dichos estándares, llevada a cabo desde el propio espacio internacional y de su recepción en los Estados miembros. Esta tarea la ha realizado a través de las normas internacionales del trabajo (convenios y recomendaciones) y de la acción de seguimiento para su efectivo cumplimiento por parte de los órganos de control de la propia OIT, pero también con la promoción de compromisos nacionales robustecidos en las declaraciones programáticas. Por ello, los artículos de nuestra *Temática principal* repasan la actualidad del papel de la OIT en diversos ámbitos, desde el contraste de las normas internacionales con las internas, hasta el análisis de sus acciones programáticas conforme se ha dejado sentado en instrumentos importantes de esta organización.

El profesor *Lance Compa* nos facultó a traducir un artículo inédito (de hecho, al escribirse estas líneas el artículo sigue siendo inédito inclusive en su versión original en inglés). Su estudio trata sobre la legislación de las relaciones laborales y las normas de la OIT en materia de libertad sindical, un asunto asaz importante dado el desenvolvimiento de las relaciones industriales en los Estados Unidos de América.

Desde Uruguay, el profesor *Mario Garmendia Arigón* nos remitió un interesante estudio sobre el papel de la OIT en la conformación del llamado “orden público social”, repasando la evolución y significado actual del concepto humanista detrás de la premisa de que “el trabajo no es una mercancía”, sin duda, un pilar fundamental del Derecho del Trabajo.

De otro lado, el artículo del profesor *Miguel Canessa Montejo* toca un asunto de actualidad internacional, referido a la Declaración del centenario de la OIT. Esta declaración, aprobada en junio de 2019, es un documento que encierra grandes objetivos y ambiciones, y puede decirse que anticipa el devenir normativo en el ámbito internacional de esta Organización.

Sergio Quiñones Infante y *Teresa Tórres Chávez* nos proponen un estudio de coautoría compartida sobre el vínculo del Estado Peruano con la OIT a propósito del centenario celebrado. Como se sabe, se trata de una relación de larga data ya que el Perú es parte de la OIT desde su creación en 1919

Por su parte, *Luis Mendoza Legoas* trata el tema de la administración del trabajo desde el punto de vista de la Organización Internacional del Trabajo, refiriéndose a su consideración en las normas internacionales, la acción desplegada por los órganos de control de la OIT y a la cooperación internacional, todo como parte de ese mismo objeto de análisis.

A continuación, *César Gonzáles Hunt* y *Andrea Valencia Gargurevich* se refieren al hoy discutido tema de la regulación internacional sobre el derecho de huelga, haciendo referencia al posicionamiento que sobre el particular se desprende de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT. Todo esto es evaluado desde una mirada atenta a la regulación peruana sobre la huelga, la misma que, como es bien sabido, afronta una serie de problemas de garantía en nuestro ordenamiento interno.

Adolfo Ciudad Reynaud y *Andrea Sánchez Matos* nos ofrecen un estudio sobre la influencia de los estándares internacionales de la OIT en materia de sindicación y negociación colectiva, atendiendo a la pragmática nacional reciente de estos derechos, en los ámbitos jurisdiccional, constitucional y arbitral.

Dentro del ámbito de la seguridad social presentamos dos artículos. El primero de ellos es el del profesor *Leopoldo Gamarra Vilchez*, quien repasa la evolución de la seguridad social de forma comparada para explicar la necesidad de una aplicación del Convenio 102 de la OIT en el Perú. Esto permitiría, según apunta

el estudio, la concreción del Estado de Bienestar en nuestro país, totalmente congruente con el modelo constitucional vigente.

Por su parte, el profesor Álvaro Vidal Bermúdez presenta un estudio del derecho a la pensión y el control de convencionalidad. Para ello evalúa la efectividad del Convenio 102 de la OIT en el ordenamiento nacional peruano. Este artículo presenta una documentada reflexión con referencias a importantes pronunciamientos de órganos de control desde el ámbito internacional.

Un interesante estudio sobre seguridad y salud en el trabajo nos es ofrecido por el profesor español *José López Ahumada*. En referencia a la subcontratación, el artículo aborda los puntos fuertes y débiles de la legislación preventiva con respecto a los riesgos profesionales en el contexto de la descentralización productiva y los deberes implícitos existentes para la efectiva coordinación de las empresas involucradas en tales esquemas, así como su responsabilización ante los infortunios.

Finalmente, en la sección de *Tendencias*, que reunirá trabajos interdisciplinarios sobre temas de interés actual en el espacio internacional y comparado, nuestra revista presenta cuatro artículos que abordan temas diversos.

Así, desde España, el profesor *Joaquín Pérez Rey* nos presenta un estudio de actualidad absoluta sobre lo que él llama “el trabajador transparente”, un personaje del tiempo presente. Y es que las redes sociales se han transformado en un espacio de total atención para las relaciones laborales por la exposición de la intimidad del trabajador, lo que ofrece un novedoso escenario de tensiones entre derechos de uno y otro lado en la relación de trabajo, así como un nuevo espacio para la acción sindical y una fuente para la prueba en el proceso laboral.

Desde México, un equipo de investigadores compuesto por *Roberto Gerhard Tuma, Javier Guizar Montero, Roslyn Jiménez Cordero, Raúl Arana de la Rosa y Amaya Gutiérrez Cañal*, nos presenta un panorama sobre uno de los aspectos más relevantes en el campo de las relaciones laborales: el incremento de la remuneración mínima y, con ella, del poder adquisitivo de las personas. Así acotando la investigación en una región del país norteamericano, se demuestra que el incremento no tuvo un efecto negativo sobre el empleo (un temor constante de parte de los detractores de este tipo de medidas).

Atendiendo a las realidades de Honduras y El Salvador, *Marcela Aguilar* presenta un artículo que estudia los elementos que configuran una mayor probabilidad de que las personas tengan un empleo informal. Este diagnóstico multicausal es un elemento que ordena las estrategias para la formalización laboral.

Los trabajos aquí reunidos tienen por objeto aportar al debate actual sobre temas relevantes del Derecho del Trabajo. De esta manera, Laborem continuará siendo un espacio idóneo para el intercambio académico y el debate de ideas, a través de la divulgación de contribuciones significativas que, como siempre, buscan llegar a investigadores, hacedores de política pública laboral, estudiantes y especialistas en el ejercicio de las relaciones de trabajo.

Queremos finalizar resaltando que Laborem, desde este número, se presenta en formato digital. Este salto tecnológico ayudará a una mejor difusión de los estudios que se publiquen, con lo que esperamos fortalecer la presencia de nuestra publicación a nivel nacional e internacional. Los artículos en nuestra edición número 21 han sido publicados respetando los estilos y criterios de redacción que nuestros autores han deseado mantener, a fin de conservar su sentido original.

Guillermo Boza Pró
Presidente SPDTSS

Luis Mendoza Legoas
Director de Laborem

Lima, noviembre de 2019

CONTENIDO

Presentación	3
--------------------	---

CENTENARIO DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1919-2019)

LANCE COMPA: La NLRA y los Principios de Libertad Sindical de la OIT: ¿relación compatible o contradictoria?	17
I. Introducción: Estados Unidos, la OIT y las Normas Internacionales de Trabajo.....	17
1. Antecedentes.....	17
2. La Declaración de Principios de 1998, los Convenios “fundamentales”, y el estatus especial de los Convenios 87 y 98.....	19
3. La NLRA y el cumplimiento de los Convenios núm. 87 y núm 98 por parte de los EEUU	20
II. La compatibilidad de la NLRA con los estándares de la OIT	24
1. Libertad sindical	25
2. Autonomía o independencia de las organizaciones sindicales.....	25
3. Protección de la libertad sindical.....	26
4. Elección de representantes	28
5. Unidad negociadora.....	28
6. La regla de la mayoría	30
7. Certificación	31
8. Representación exclusiva.....	31
9. Deber de negociación	32
10. Derecho de huelga	34
11. Cambio de sindicatos.....	35

III. Entrando en conflicto: ¿Cómo las tergiversaciones de la NLRA violan las normas de la OIT?.....	35
IV. Usando las normas internacionales de trabajo de la OIT para defender a los trabajadores norteamericanos.....	41
1. First Student.....	41
2. Personal de Seguridad Aeroportuaria.....	43
 MARIO GARMENDIA ARIGÓN: “El trabajo no es una mercancía”: fundamento conceptual del orden público social	47
I. La noción del orden público y el orden público social.....	47
II. El trabajo concebido como un artículo de comercio	50
III. La desmercantilización del trabajo	53
IV. Significación y actualidad del enunciado.....	56
 MIGUEL CANESSA MONTEJO: La Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo.....	59
I. Las Memorias del Director General: construyendo el escenario de la Declaración del Centenario	60
II. El informe de la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo	65
III. La Declaración del Centenario para el futuro del trabajo	72
 SERGIO QUIÑONES INFANTE / TERESA TORRES: El Estado peruano y su vínculo con la Organización Internacional del Trabajo a cien años de su creación.....	77
I. A modo de introducción	78
II. Repasando un poco de la historia	79
III. El reto del centenario: el futuro del trabajo.....	82
IV. El futuro del trabajo y la política pública peruana.....	86
1. Alineamiento de la “Iniciativa Centenario” de la OIT con los objetivos de política nacionales	87
2. Algunos retos para el Estado peruano.....	89
V. Bibliografía.....	94

LUIS MENDOZA LEGOAS: La Administración Pública del trabajo desde la perspectiva de la OIT	97
I. La administración del trabajo en los convenios, recomendaciones y declaraciones de la organización internacional del trabajo	99
1. La administración del trabajo como objeto de regulación internacional.....	99
2. La administración del trabajo en otros instrumentos de la OIT.....	103
II. La intervención administrativa como objeto de la supervisión de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo	108
1. El Comité de Libertad Sindical y la administración del trabajo	109
2. La Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones y la administración del trabajo.....	113
III. La Administración del Trabajo y la asistencia técnica	115
IV. Conclusiones	119
V. Bibliografía.....	120
CÉSAR GONZÁLES HUNT / ANDREA VALENCIA GARGUREVICH: La regulación del derecho de huelga en la OIT y los órganos de control, a propósito de la normativa peruana	123
I. Introducción	124
II. ¿El derecho de huelga se encuentra regulado por los convenios de OIT?..	125
1. El Convenio 87 de la OIT	125
2. ¿Aplicable al Perú?: Bloque de Constitucionalidad	126
3. Importancia de los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical.....	127
III. ¿Cómo son las huelgas en el Perú?	129
1. Breve estadística.....	129
2. Requisitos para ejercer el derecho de huelga	130
3. Declaración de improcedencia e ilegalidad de la huelga.....	131
IV. Pronunciamientos del comité de libertad sindical en contraposición con lo regulado en el Perú.....	132
1. Formas de ejercicio del derecho de huelga.....	133
2. Clasificación de los servicios públicos esenciales	134
3. Determinación de la procedencia de la huelga.....	137
V. Conclusiones	138
VI. Bibliografía.....	140

ADOLFO CIUDAD REYNAUD / ANDREA SÁNCHEZ MATOS: La influencia de la normativa de la OIT en el desarrollo del derecho de la negociación colectiva de los trabajadores del sector público peruano	141
Introducción	143
I. Etapa prohibicionista de la negociación colectiva en el sector público ...	144
II. La normativa de la ley del servicio civil	146
III. Los convenios de la OIT como sustento de las sentencias del 2015 y 2016.....	147
1. La <i>vacatio sententiae</i>	148
IV. Análisis de los proyectos en trámite en el congreso de la república sobre negociación colectiva en el sector público	150
1. Materias comprendidas en la negociación	151
2. Reglamentación excesiva de los niveles de negociación	153
3. El informe económico financiero del MEF	155
4. Plazo mínimo de duración del convenio colectivo e inicio de vigencia..	157
5. Conformación del Tribunal Arbitral.....	158
6. Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas.....	160
7. Ejecución del laudo arbitral	161

SEGURIDAD SOCIAL

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ: Necesidad de extensión e implementación del convenio 102 de la OIT sobre la seguridad social en el Perú.....	165
I. Introducción	166
II. Origen de los seguros sociales y la seguridad social.....	167
1. Los seguros sociales como etapa previa de la Seguridad Social	167
2. Limitaciones de los seguros sociales y el camino a la seguridad social .	169
III. La OIT y el derecho a la seguridad social.....	172
1. El contenido del derecho a la seguridad social según la OIT	172
2. ¿En qué consiste el Convenio 102 de la OIT sobre seguridad social?	174
IV. ¿Cómo extender e implementar el Convenio 102 de la OIT en el Perú?	177
1. Necesidad de la regulación tributaria y los principios fundantes	177
2. El fundamento jurídico de la seguridad social	179
3. Rol del Estado y voluntad política.....	181

V. Conclusiones.....	183
VI. Bibliografía.....	183
ÁLVARO VIDAL BERMÚDEZ: Derecho a la pensión a los 100 años de la OIT: Importancia del estándar internacional y del control de convencionalidad.....	187
I. Introducción	188
II. Futuro del trabajo y derecho a la pensión.....	189
III. Déficit de cumplimiento del derecho a la pensión en el Perú	191
IV. El estándar internacional del derecho a la seguridad social y a la pensión.	194
V. El bloque de constitucionalidad – convencionalidad del derecho a la seguridad social	197
VI. Control de convencionalidad: evolución de la doctrina de la CIDH.....	200
VII. Derecho a la seguridad social y a la pensión: carácter autónomo y justiciable	202
VIII. Derecho a la seguridad social y <i>corpus iuris</i> internacional	203
IX. Derecho a la seguridad social: definición, elementos constitutivos y fundamentales	205
X. Obligaciones del Estado respecto del derecho a la pensión.....	208
XI. Conclusiones.....	209

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA: Las consecuencias de la tercerización en la seguridad y salud en el trabajo: reflexiones sobre el modelo español de coordinación de la contratación y subcontratación de obras y servicios.....	215
I. Introducción	216
II. La importancia de una revisión del modelo de tercerización laboral desde la perspectiva de los riesgos profesionales: Especiales consideraciones respecto de América Latina.....	217
III. El modelo de referencia relativo a la contratación y subcontratación de obras y servicios: efectos en materia preventiva	220
IV. Las principales consecuencias de la descentralización productiva en las condiciones de seguridad y salud laboral	226

V. Categorías básicas del sistema de coordinación de contratas y subcontratas: Titular del centro y lugar de ejecución de la contrata.....	230
1. La noción de centro de trabajo y titular del mismo: presupuesto necesario.....	230
2. El supuesto de la actividad subcontratada y ejecutada en el centro de trabajo de la empresa principal.....	233
3. El supuesto de la actividad subcontratada y desarrollada fuera del centro de trabajo de la empresa principal.....	235
VI. Los deberes preventivos del empresario principal y de las empresas concurrentes.....	236
1. El deber de cooperación de las empresas concurrentes.....	236
2. El deber de información e instrucción del empresario titular del centro de trabajo.....	238
3. El deber de vigilancia del empresario principal.....	239
4. El deber del empresario principal de informar a las contratas de los riesgos y medidas de seguridad de los equipos de trabajo.....	240
VII. La configuración de la obligación empresarial a través de los medios básicos de coordinación.....	241
VIII. La responsabilidad solidaria del empresario principal derivada del incumplimiento del deber de vigilancia.....	242
IX. Referencias bibliográficas.....	244

TENDENCIAS

JOAQUÍN PÉREZ REY: El trabajador transparente: relaciones laborales y redes sociales.....	255
I. Introducción.....	255
II. El acceso empresarial a las redes sociales personales del trabajador.....	258
III. Consecuencias de las redes sociales en los procesos de contratación y despido.....	262
1. Las redes sociales en los procesos de colocación.....	262
2. Redes sociales y relación laboral, especialmente el despido.....	264
IV. La actividad sindical a través de las redes sociales.....	270
V. Las redes sociales en el proceso laboral.....	273
VI. Conclusiones.....	274

ROBERTO FRANCISCO GERHARD TUMA / JAVIER ADRIÁN GUÍZAR MONTERO / ROSLYN JIMÉNEZ CORDERO / RAÚL ARANA DE LA ROSA / AMAYA MARÍA GUTIÉRREZ CAÑAL: Estudio sobre el incremento al salario mínimo en la frontera norte de México	277
I. Introducción	278
1. Revisión de la literatura.....	281
II. Fuentes de información y estadística descriptiva	285
1. Fuentes de información.....	285
2. Estadística descriptiva.	286
3. Variables dependientes e independientes	288
III. Análisis.....	289
IV. Resultados	293
1. IMSS	293
2. ENOE.....	294
V. Conclusiones y recomendaciones de política pública	295
VI. Referencias	296

MARCELA AGUILAR: Probabilidad de tener un empleo informal: Modelo Probit para Honduras y El Salvador bajo reinterpretaciones conceptuales.....	301
I. Introducción	301
II. Evolución conceptual de la informalidad	302
III. Causas de la economía informal	304
IV. Economía informal en Honduras y El Salvador: factores incidentes	307
V. Conclusiones y discusión sobre la economía informal.....	316
VI. Bibliografía.....	317

Laborem

N.º 21 / 2019

CENTENARIO DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1919-2019)



LA NLRA Y LOS PRINCIPIOS DE LIBERTAD SINDICAL DE LA OIT: ¿RELACIÓN COMPATIBLE O CONTRADICTORIA?*

LANCE COMPA**

En este artículo, inédito en español y en inglés a la fecha de salida de *Laborem 21*, el profesor Compa presenta un estudio sobre la aplicación de las normas de la OIT sobre libertad sindical en el ámbito de las relaciones industriales en Estados Unidos de Norteamérica. Así, se presentan las tensiones existentes entre los estándares internacionales y los dictámenes del Comité de Libertad Sindical, de un lado, y las vicisitudes que, en el ámbito doméstico, han tenido la legislación y su aplicación, con respecto a las organizaciones de trabajadores.***

17

I. Introducción: Estados Unidos, la OIT y las Normas Internacionales de Trabajo

1. Antecedentes

Como parejas en un matrimonio prolongado, los Estados Unidos de América (EEUU) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) han tenido altibajos desde su fundación, en 1919. El presidente de la Federación Americana de Trabajo, Samuel Gompers, y la delegación de los EEUU, desempeñaron un rol

* Título original: *The NLRA and ILO Freedom of Association Standards: Consistency or Conflict?*. La NLRA se refiere a la Ley Nacional de Relaciones Laborales (National Labor Relations Act). Traducción autorizada por el autor, a cargo de Saulo Galicia Vidal, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y pre-docente de la misma casa de estudios: sgalicia@pucp.pe. Se han añadido notas del traductor (NT) para procurar contextualizar algunos pasajes del trabajo traducido, con relación al ordenamiento jurídico peruano.

** *Cornell University*

*** Reseña efectuada por los editores de *Laborem 21*.

transcendental en la creación de la organización. A pesar de ello, el Senado de los EEUU rechazó ratificar el Tratado de Versalles, dejando a la OIT sin representación estadounidense por los primeros 15 años de su existencia.

Es recién con Frances Perkins, Secretaria de Trabajo de los EEUU, que se promueve la adhesión norteamericana a la OIT, durante el Gobierno del *New Deal*, liderado por Franklin Roosevelt, siendo aprobada por el Congreso en 1934. Con su ingreso, los estadounidenses aportaron recursos sustanciales y nuevos a la organización. A cambio, el ex gobernador de New Hampshire, John Winant, fue nombrado Director Adjunto de la OIT, como antesala a su nombramiento como Director General en 1938.

David Morse, ex Consejero General de la National Labor Relations Board (NLRB)^{1NT1} y Subsecretario de Trabajo en el Gobierno de Truman, fue el Director General de la OIT desde 1948 hasta 1970. Si bien Morse fue el último norteamericano en ocupar ese cargo, la organización ha mantenido ciudadanos estadounidenses en posiciones de alto nivel. Más recientemente, Sandra Polaski (ex UE, Newspaper Guild y líder de SEIU^{2NT2}) y Deborah Greenfield (ex Consultora General Adjunta de la AFL-CIO^{3NT3} y procuradora del Departamento de Trabajo de EEUU) se desempeñaron como Directoras Generales Adjuntas, cargo que Deborah Greenfield ocupa hasta la fecha.

18

En el año 1977, EEUU se retiró de la OIT. El aviso previo de 2 años requerido por esta organización, fue comunicado por Henry Kissinger en 1975, durante la presidencia de Gerald Ford, luego de que la OIT otorgara el estatus de observador oficial a la Organización para la Liberación de Palestina. El presidente Jimmy Carter siguió el mismo camino, haciendo caso a las críticas que señalaban que la OIT era excesivamente crítica con las prácticas de Israel en los territorios ocupados, y muy blanda con la Unión Soviética y las prácticas laborales en los países comunistas. Las críticas también apuntaron a una mala gestión, prácticas financieras descuidadas, entre otras fallas. Recién en 1980, EEUU se reincorporó a la OIT, luego de que la organización tomara medidas concretas para atender las preocupaciones de los norteamericanos.

1 ^{NT1} NLRB es la abreviatura de la Junta Nacional de Relaciones Laborales de EEUU, la agencia federal independiente que regula las relaciones entre las empresas, los sindicatos y los trabajadores.

2 ^{NT2} El Newspaper Guild (actualmente denominado “News Guild”) es el Sindicato de Periodistas de EEUU. El SEIU es el “Service Employees International Union”, el Sindicato Internacional de Empleados de Servicios, con sede en EEUU y Canadá.

3 ^{NT3} La AFL-CIO es la Federación Estadounidense del Trabajo y Congreso de Organizaciones Industriales de EEUU (American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations).

Uno de los pilares del trabajo de la OIT consiste en redactar y adoptar “convenios internacionales”, estableciendo estándares internacionales que regulan las condiciones de trabajo. En junio de cada año, los gobiernos, las organizaciones de trabajadores y las organizaciones de empleadores, elaboran estos convenios en las conferencias anuales en Ginebra, Suiza. Desde su fundación, la organización ha adoptado 189 convenios. La representación norteamericana compuesta por los delegados del Gobierno, los representantes de trabajadores y los representantes de empleadores, siempre ha estado profundamente involucrada tanto en el proceso de redacción (lo que incluye las reñidas negociaciones, así como los ejercicios de redacción de los mismos instrumentos), como en presionar a sus homólogos de otras naciones para que adoptaran los convenios. Sin embargo, la participación norteamericana rara vez se tradujo en un compromiso. Teniendo en cuenta que la ratificación de los convenios es voluntaria, EEUU ha ratificado únicamente 14 de los 189 convenios de la OIT, el registro de ratificación más bajo de cualquier Estado miembro de esta organización.

2. La Declaración de Principios de 1998, los Convenios “fundamentales”, y el estatus especial de los Convenios 87 y 98

En el año 1998, la OIT adoptó la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. La declaración consideró a (i) los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, así como la eliminación del (ii) trabajo forzoso, (iii) el trabajo infantil y (iv) la discriminación en el trabajo, como el foco de atención y acción global. Para cada uno de los cuatro principios, la OIT identificó dos convenios “fundamentales”.

La declaración obliga a los Estados miembros “aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos (...) [a] respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios”. EEUU ha ratificado dos de los ocho convenios fundamentales, uno sobre trabajo forzoso y otro sobre las “peores formas del trabajo infantil”. Esto lo vuelve otro caso atípico; pues la mayoría de los países han ratificado la mayoría de los convenios fundamentales.

Las obligaciones derivadas de la declaración son consideradas “soft law”, por lo que los convenios no son exigibles legalmente. La exigibilidad de las normas laborales es responsabilidad de los propios gobiernos. Estos no están obligados a

ratificar los convenios, pero si lo hacen, asumen la obligación de implementar los convenios en sus ordenamientos nacionales.

Si bien los países que no los han ratificado tienen la obligación de “promover” los ocho convenios fundamentales, dos de ellos conllevan un nivel más alto de responsabilidad: el Convenio núm. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, y el Convenio núm. 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva. Se considera que estos convenios tienen un rango “constitucional” en la OIT: “normas consuetudinarias por encima de los convenios”, tal como la OIT los definió en una histórica decisión que involucraba la dictadura de Pinochet en Chile⁴. Ello significa que los Estados miembros están obligados a cumplir con los dos convenios sobre libertad sindical, independientemente de si los ratificaron o no^{5NT4}. EEUU no lo ha hecho, pero aún así se encuentra obligado a cumplirlos.

3. La NLRA^{6NT5} y el cumplimiento de los Convenios núm. 87 y núm 98 por parte de los EEUU

Los Convenios núm. 87 y núm. 98 son tan esenciales para el propósito y la misión de la OIT que la membresía por sí sola crea la obligación de cumplirlos. Este estado elevado de dichos convenios ha permitido a los sindicatos presentar quejas contra los EEUU ante el Comité de Libertad Sindical (CLS). A su vez, el Comité a menudo ha encontrado elementos de la legislación laboral norteamericana que violan las normas de la OIT⁷.

Esto significa que la Ley Nacional de Relaciones de Trabajo (NLRA), la norma fundacional laboral adoptada en 1935 (también llamada, “Ley Wagner”), ¿es contraria a los estándares internacionales? No. Elementos esenciales de la Ley Wagner son compatibles con los requisitos exigidos por la OIT. Sin embargo, la Ley antisindical de Taft-Hartley de 1947, y las posteriores interpretaciones de las

4 OIT, *Informe de la Comisión de Investigación y de Conciliación en Materia de Libertad Sindical relativo a Chile*, GB 196/4/9, 196th sesión (Mayo 1975).

5 ^{NT4} Para mayor conocimiento, el Perú ha ratificado los ocho convenios fundamentales, por lo que la discusión sobre si estos son exigibles legalmente en el ordenamiento nacional no es extrapolable al caso peruano.

6 ^{NT5} La NLRA se refiere a la Ley Nacional de Relaciones Laborales (National Labor Relations Act).

7 Para una discusión sobre ese tipo de violaciones en los EEUU, vinculadas con las decisiones de la OIT, ver Human Rights Watch, *Unfair Advantage: Workers' Freedom of Association in the United States under International Human Rights Standards* (2000).

normas por las juntas laborales y los tribunales contrarios a los derechos de los trabajadores, han removido los fundamentos de los derechos reconocidos en la NLRA.

Las enmiendas de Taft Hartley introdujeron la denominada cláusula de “libertad de expresión del empleador”, la cual permite a las compañías lanzar campañas enérgicas y agresivas contra los intentos de organización colectiva de los trabajadores. Así, los gerentes fuerzan a sus trabajadores a asistir a reuniones con discursos y películas antisindicales, generalmente en pequeños grupos para obtener un efecto psicológico mayor. La gerencia también requiere a los supervisores que llamen a los trabajadores a reuniones individuales, cuidadosamente diseñadas, para ahuyentar a los trabajadores de formar un sindicato. La Ley de 1947 también introdujo nuevas “exclusiones” de la cobertura de la NLRA, despojando a millones de trabajadores de la protección contra represalias por actividades sindicales y prohibió la solidaridad entre trabajadores, denominándolos “boicots secundarios” ilegales^{8NT6}.

A nivel de la Corte Suprema, solo necesitamos mencionar casos como *Mackay Radio, Bell Aerospace, H.K. Porter, Yeshiva, First National Maintenance, Lechmere, Hoffman Plastic*, y más recientemente *Janus*, para indicar el grado de *antipatía* judicial hacia los derechos laborales de los estadounidenses. Otras decisiones de las cortes federales y las NRLB dominadas por los republicanos, reflejan la misma hostilidad. Como resultado, muchos aspectos de las normas laborales actuales de EEUU violan los estándares internacionales. Pero el desafío radica en corregirlos, no en renunciar a la estructura original y a los principios de la NLRA⁹.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y los convenios internacionales relacionados a los derechos civiles y políticos y económicos y sociales, son un punto de partida para definir los estándares internacionales. “Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”, estipuló la DUDH en 1948¹⁰. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 confirmó que “Toda persona tiene derecho a asociarse

8 ^{NT6} Estas prácticas son definidas como un boicot a un empleador con el cual el sindicato no tiene una disputa, buscando inducir a la empresa a dejar de hacer negocios con otro empleador, con el que el sindicato sí mantiene una disputa o conflicto. Información tomada de: <https://www.merriam-webster.com/legal/secondary%20boycott>. Consulta realizada el 24 de octubre de 2019.

9 Este trabajo se centra en la NLRA y su relación con las relaciones laborales en el sector privado, y no con las distintas formas en las que las jurisdicciones federales, provinciales, estatales y municipales de los EEUU han adoptado y aplicado variaciones a la NLRA, las cuales a menudo entran en clara contradicción con los estándares internacionales.

10 Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 23.

libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses¹¹. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ratifica el “derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección (...), el derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos (...) y el derecho de huelga”¹².

Estos instrumentos internacionales sobre derechos humanos definen el derecho a la libertad sindical de forma bastante general. Son los Convenios núm. 87 y núm. 98 de la OIT los que dotan de un contenido mayor a sus principios generales. Estos establecen el derecho de los trabajadores a formar sus propias organizaciones sindicales sin control gubernamental, a protegerse contra los actos de discriminación antisindical, y a desarrollar negociaciones colectivas de forma voluntaria con sus empleadores.

De esta manera, los convenios de la OIT sobre libertad sindical protegen:

- El libre ejercicio del derecho a formar un sindicato y afiliarte a este, “sin autorización previa”, esto es, sin la necesidad de la autorización del gobierno;
- El derecho de los trabajadores a contar un sindicato “de su propia elección”, no a uno escogido o formado por el gobierno o su empleador;
- La prohibición de cualquier tipo de interferencia por parte del gobierno o de los empleadores al libre ejercicio de la libertad sindical de los trabajadores;
- Protección contra actos de discriminación antisindical;
- La promoción de la negociación colectiva voluntaria entre trabajadores y empleadores;
- El derecho de huelga.

Durante décadas, el CLS ha emitido miles de decisiones especificando el contenido de estos convenios y dando mayores luces sobre sus estándares. Sin embargo, el CLS ha creado cierta flexibilidad sobre dichos estándares, permitiendo que se adapten de diferentes formas en la práctica. La OIT es la creación de sus mandantes: gobiernos, sindicatos y empleadores. Las raíces de los sistemas de legislación laboral son profundas en cada territorio nacional, alimentadas por la cultura de relaciones laborales y la historia de las luchas sociales de cada país.

11 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 22.

12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 8.

Esperar que todos los países se ajusten a un derecho laboral único y a un sistema de relaciones laborales es esperar demasiado.

La OIT tiene que tener en cuenta las características nacionales. No puede imponer estándares de “una sola talla” para todos, en los casi 200 Estados miembros. Tiene que ser pragmática y flexible, permitiendo a veces grandes diferencias. Por ejemplo, el CLS ha señalado que los sistemas de negociación colectiva aparentemente contradictorios, en un país con derechos exclusivos de negociación para un sindicato mayoritario y otro donde múltiples sindicatos pueden negociar representando a grupos minoritarios, son compatibles con los principios de libertad sindical¹³.

De forma similar, el CLS ha dejado a discreción de los Estados “de conformidad con la práctica nacional y el sistema de relaciones laborales de cada país”, determinar si se debe obligar a los trabajadores no sindicalizados a pagar cuotas a los sindicatos para acceder al empleo. El lector acucioso podrá haberse preguntado con anterioridad por qué la disposición del “derecho al trabajo” de la Ley Taft-Hartley, prevista en la sección 14(b), no fue planteada como contraria a los estándares de la OIT.

El CLS ha indicado que “ambas situaciones en las que las cláusulas de seguridad sindical están autorizadas y aquellas en las que están prohibidas pueden considerarse en conformidad con los principios y normas de la OIT sobre libertad sindical”¹⁴. EEUU se encuentra justamente en el punto medio de dicho análisis, al permitirle a los estados federales decidir de forma individual si se aceptan o se prohíben los pagos a sindicatos por parte de trabajadores no afiliados. Según la sección 14 (b) de dicha ley, los estados pueden prohibir a los sindicatos y empleadores del sector privado a que negocien pagos obligatorios por parte de miembros no sindicales, generalmente caracterizados como pagos de “honorarios de agencia” o “participación equitativa”.

La NLRA permite a los sindicatos y empleadores en los estados que no cuentan con estas llamadas normas de “derecho al trabajo”, aceptar (o no aceptar, siempre está sujeto a la negociación) el establecimiento de pagos obligatorios a sindicatos por parte de los trabajadores no sindicalizados¹⁵. Cuestión diferente es

13 Ver OIT, *Libertad sindical: Digest Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Quinta edición (revisada)* (2006), párrafo. 950.

14 Id., párrafo. 365.

15 Luego del “caso Beck”, los trabajadores no afiliados a un sindicato tienen derecho a solicitar el reembolso de la porción pagada a los sindicatos que no fue usada con fines de representación. Ver *CWA v. Beck*, 487 U.S. 735 (1988).

en el caso del sector público, donde la Corte Suprema determinó, en el año 2018, que ningún trabajador público no afiliado a un sindicato puede ser obligado a pagar cuotas a estas organizaciones¹⁶.

II. La compatibilidad de la NLRA con los estándares de la OIT

La NLRA se incorpora dentro de uno de los sistemas validados de negociación colectiva de por parte de la OIT, bajo la deslucida categoría de la “exclusividad mayoritaria”. Pero esto captura solamente dos de los elementos centrales de dicha ley: la regla de mayoría y la representación exclusiva. En total, los elementos más importantes incluyen:

- Libertad sindical;
- Autonomía o independencia de las organizaciones sindicales;
- *Protección* de la libertad sindical;
- Elección de los trabajadores de representantes sindicales;
- Determinación de unidades de negociación “apropiadas”;
- Reglas de la mayoría;
- “Certificación” por las Autoridades de Trabajo^{17NT7} o;
- Representación exclusiva;
- El deber de negociación;
- El derecho de huelga para un nuevo convenio colectivo;
- La capacidad de los trabajadores para *descertificar*^{18NT8} o cambiar sindicatos.

16 Ver *Janus v. AFSCME Council 31*, 585 U.S. (2018).

17 ^{NT7} La certificación (“certification”) es un procedimiento que se sigue ante las Juntas de Relaciones Laborales de EEUU para el reconocimiento de la capacidad de un sindicato para representar a los trabajadores de una “unidad de negociación”, en los procesos de negociación colectiva. Información tomada de: <https://definitions.uslegal.com/u/union-certification/>. Consulta realizada el 24 de octubre de 2019.

18 ^{NT8} En sentido contrario, la descertificación (“decertification”) es el procedimiento mediante el cual un sindicato pierde el reconocimiento previamente otorgado por las Juntas de Relaciones Laborales de EEUU para representar a los trabajadores de una “unidad de negociación”, en los procesos de negociación colectiva. Información tomada de: <https://www.nlr.gov/rights-we-protect/whats-law/employees/i-am-represented-union/decertification-election>. Consulta realizada el 24 de octubre de 2019.

Estas características centrales de la NLRA son compatibles con los principios internacionales del derecho a la libertad sindical. A continuación, explicamos el por qué:

1. Libertad sindical

Todos los trabajadores de los EEUU gozan del derecho de libertad sindical frente al Estado. Los trabajadores pueden formar sindicatos, celebrar reuniones, elegir líderes, publicar boletines, presionar a los políticos, hacer demandas a los empleadores y al gobierno, unirse a manifestaciones, marchas y otras formas de protesta, apoyar a los candidatos para cargos públicos, aliarse con los partidos políticos y actuar colectivamente para defender sus intereses. Las autoridades gubernamentales no pueden arrestar, encarcelar o tomar medidas contra los trabajadores por el ejercicio de las actividades sindicales.

Los derechos básicos señalados previamente fueron consagrados mediante la NLRA, al ser promulgada por el Congreso en el año 1935. Así, se estableció que “los trabajadores deben tener el derecho a organizarse, formar, unirse o ayudar a las organizaciones laborales, a negociar colectivamente a través de representantes de su propia elección y participar en otras actividades colectivas (...)”¹⁹. Los tribunales federales y estatales en los EEUU han reconocido repetidamente una base de “derechos” para la libertad sindical de los trabajadores. Como señaló la Corte Suprema de EEUU al rechazar el cuestionamiento de los empleadores a la constitucionalidad de la NLRA, “los trabajadores tienen el derecho tan claro de organizar y elegir a sus representantes para fines legales, como el [empleador] tiene el derecho de organizar sus negocios y seleccionar sus propios funcionarios y agentes”²⁰.

2. Autonomía o independencia de las organizaciones sindicales

Los sindicatos en EEUU protegen cuidadosamente su condición de organizaciones de trabajadores no controladas por el gobierno o por empleadores. La sección 8(a)(2) de la NLRA prohíbe a los empleadores la formación o control

19 Más adelante discutiremos preguntas adicionales sobre si los trabajadores tienen base constitucional para ejercer la negociación colectiva, huelgas, boicots, piquetes y otras actividades que pueden afectar los intereses de los empleadores, de la comunidad, y del público en general.

20 *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937).

de las organizaciones sindicales. De hecho, prohíbe muchas formas de consulta y gestión de la mano de obra y mecanismos de cooperación como pretexto para la creación de sindicatos creados por las empresas, los que tienen como finalidad evitar una verdadera formación de sindicatos independientes²¹. En la práctica política, los sindicatos estadounidenses son cercanos al Partido Demócrata. Pero no están vinculados orgánicamente, como sí sucede en muchos otros países en los que las organizaciones sindicales forman parte de partidos de trabajadores.

3. Protección de la libertad sindical

Una pregunta clave es si la legislación laboral *protege* el ejercicio de la libertad sindical. Ejercer el derecho, sin una protección debida, anula en la práctica dicho derecho. Cuando los empleadores toman represalias contra los trabajadores por haber realizado actividades sindicales, las autoridades públicas deben proteger a los trabajadores, prohibiendo tales prácticas y proveyendo mecanismos legales para cuestionarlos y remediar los daños.

La NLRA define y prohíbe “prácticas laborales ilegales”, en particular, (i) la interferencia en la actividad sindical, (ii) la discriminación debido a la actividad sindical y (iii) la negativa a negociar con un sindicato certificado. También creó la Junta Nacional de Relaciones Laborales (NLRB) para atender reclamos y ordenar reparaciones ante violaciones, como la reincorporación y el pago atrasado de los empleados despedidos ilegalmente, respaldados por el poder judicial²².

La legislación laboral norteamericana puede ser inclusive más favorable para los trabajadores que los estándares de la OIT, dado que protege *cualquier* “actividad organizada (...) para la ayuda y protección mutua”, lo que trasciende a las organizaciones sindicales. Un trabajador que solicita un aumento salarial puede ser despedido con impunidad. En cambio, dos trabajadores que solicitan un aumento salarial sí se encuentran protegidos. Si el empleador los despide, ellos pueden

21 Si se desea revisar una discusión integral sobre este tema, ver Kenneth G. Dau-Schmidt, “Employee Voice Symposium: Principal Paper: Promoting Employee Voice in the American Economy: A Call for Comprehensive Reform,” 94 *Marq. L. Rev.* 765, Spring, 2011, y Laura J. Cooper, “Employee Voice Symposium: Responses and Critiques: Lessons from History: Letting the Puppets Speak: Employee Voice in the Legislative History of the NLRA,” 94 *Marq. L. Rev.* 837, Spring, 2011.

22 La exclusión de algunas categorías de trabajadores de la protección de la libertad sindical es un claro ejemplo de las deficiencias de la legislación laboral de EEUU que discutiremos más adelante.

reclamar que se trata de una práctica laboral ilegal, con el objeto de ser repuestos en sus puestos de trabajo y obtener los salarios devengados²³.

Los trabajadores no necesitan tener ninguna intención de formar un sindicato. Incluso podrían ser abiertamente antisindicales. Ello no importa; igual están “protegidos” bajo la NLRA²⁴. En otras palabras, la ley no solo protege a la porción relativamente pequeña de la fuerza laboral representada por los sindicatos (7% en el sector privado) o que busca formar un sindicato en un determinado momento, sino a las decenas de millones de trabajadores del sector privado en todas partes, cada vez que dos o más trabajadores actúan colectivamente para tratar sus condiciones de trabajo, o incluso simplemente discutir las condiciones sin tomar medidas.

El alcance de la protección de la actividad colectiva se refleja en una nueva serie de casos en las “redes sociales”, en los que los trabajadores discutieron las condiciones de trabajo en Facebook o Twitter y sus empleadores los despidieron. La NLRB ha ordenado la reincorporación y el pago atrasado de las víctimas (distinguiendo casos en los que la publicación en Facebook o el comentario de Twitter fue simplemente una “queja individual”, sin un objetivo grupal o colectivo)²⁵.

Otra decisión de la NLRB resalta la importancia de esta protección, pero también su vulnerabilidad ante los cambios en la composición de los tribunales. En el año 2012, la NLRB selañó que las cláusulas de los acuerdos de arbitraje obligatorios que prohíben cualquier tipo de *class action*^{26NT9} ante un árbitro o un tribunal, colisionan con el derecho de los trabajadores a una actividad colectiva

23 Los trabajadores individuales están sujetos a la regla del despido “a voluntad” (“At-Will”), la cual permite al empleador extinguir la relación laboral por una “buena razón, por una mala razón, o por ninguna razón”, siempre que el motivo no esté prohibido por la ley. Un solo trabajador que solicita un aumento salarial no se encuentra dentro de una categoría protegida, pero dos o más trabajadores solicitando el aumento están ejerciendo “actividades colectivas”, las cuales están protegidas por la NLRA.

24 No queda claro si es que la misma regla puede ser inferida de las decisiones del CLS y de la Comisión de Expertos en Aplicación y Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT, sobre el Convenio núm. 87. Dado que solo los sindicatos pueden presentar quejas ante los órganos de control (o empleadores o gobiernos, pero ellos normalmente no tienen razones para hacerlo), las decisiones solo se refieren a actividades sindicales.

25 Para un análisis general, consultar NLRB Office of the General Counsel, *Memorandum GC 12-05*, May 2, 2012. La NLRB creó recientemente un sitio web especial dedicado a la actividad concertada o colectiva protegida en respuesta a las distintas reacciones de los empleadores, organizaciones de trabajadores y los medios de comunicación: <http://www.nlr.gov/concerted-activity>.

26 ^{NT9} Por *class action* el autor se refiere a las demandas o acciones colectivas presentadas por un grupo de personas para un mismo caso. Se ha preferido mantener el término *class action* para no confundir con la traducción a “acción colectiva”, término que en este texto se refiere a las acciones que los trabajadores realizan de forma concertada u organizada.

protegida. La *class action*, dijo la Junta, era una forma de actividad colectiva o concertada²⁷ (decisión conocida como el caso *D.R. Horton Inc.* del año 2012). Pero en mayo de 2018, la Corte Suprema, en una decisión 5-4 definida por el juez normbado por el presidente Trump para la Corte, el juez Gorsuch, anuló la decisión de la NLRB en el caso *D.R. Horton Inc.* del año 2012²⁸.

4. Elección de representantes

Dentro del marco que otorga la NLRA, los trabajadores pueden elegir cualquier sindicato para representarlos como agente de negociación. En muchos países, los trabajadores de ciertas empresas o industrias solo pueden tener un sindicato prescrito por ley para ese tipo de empresas o sectores, aún cuando prefieran tener a otro sindicato, al cual perciben como una mejor opción.

En los EEUU, el sindicato del sector metalúrgico representa a trabajadores de hospitales, hospital, el sindicato de trabajadores de automóviles representa a los empleados de las compañías de seguros, el sindicato de camioneros representa a los fabricantes de autopartes, predominantemente los sindicatos del sector público pueden representar a los trabajadores del sector privado y viceversa, y así sucesivamente en una combinación casi infinita. En otras palabras, los trabajadores pueden tener el sindicato “de su propia elección”, que creen que hará el mejor trabajo para ellos, no el sindicato que les es impuesto por ley.

5. Unidad negociadora^{29NT10}

Un aspecto clave de la NLRA es el concepto de la “unidad de negociación apropiada”, un grupo de trabajadores en un lugar de trabajo con derecho a elegir

27 *D.R. Horton Inc.*, 357 N.L.R.B. No. 184 (2012).

28 Ver los casos conslidados de *Epic Systems Corp. v. Lewis, Ernst & Young LLP v. Morris, and National Labor Relations Board v. Murphy Oil USA, Inc.*, 584 U.S. (2018). En un caso sin precedentes, los abogados de la NLRB – hoy designados por el Gobierno de Trump – argumentaron ante la Corte Suprema contra la posición que su propia agencia había tenido tiempo atrás (en el caso *D.R. Horton Inc.*).

29 ^{NT10} Para comprender mejor el concepto de “unidad de negociación”, podemos hacer el símil con la institución de la “legitimidad” o “representatividad negocial”: si bien pueden existir varios sindicatos, solo uno de estos, según determinados criterios, tiene la legitimidad para representar a los trabajadores de ciertas categorías, encontrándose el empleador únicamente obligado a negociar con dicho sindicato. Para ahondar en este punto, ver: J. Neves. *Derecho colectivo del trabajo: un panorama general*, Lima: Palestra Editores, 2017.

un representante para negociar en su nombre. La ley faculta a la NLRB para definir dicha unidad de negociación de trabajadores en un determinado centro de trabajo, aplicando una prueba de “interés comunitario suficiente”. Esto permite que el sindicato sea un grupo de negociación efectivo en una sola mesa de negociación sin sobrecargar al empleador con muchos sindicatos pequeños y fragmentados, cada uno con necesidades y demandas especiales en múltiples mesas de negociación³⁰.

Empleadores y sindicatos pueden acordar que los trabajadores sean incluidos en una unidad de negociación, pero a menudo no suelen estar de acuerdo. Los sindicatos tienden a preferir unidades de negociación más grandes (llamadas unidades “industriales” o “wall-to-wall”) para aumentar la capacidad de negociación. Los empleadores a menudo se resisten a ello, argumentando un *interés comunitario insuficiente* en el grupo más grande de empleados.

Cada lado calcula el efecto de incluir o excluir un subconjunto de trabajadores en un lugar de trabajo y ajusta su posición a la luz del resultado deseado. Los sindicatos podrían tratar de mantener excluidos de la unidad de negociación a grupos donde prevalezca un sentimiento antisindical, mientras que los empleadores podrían tratar de incluirlos en un esfuerzo por evitar que el sindicato obtenga el apoyo mayoritario. Por ejemplo, muchas disputas involucran la calificación de los “líderes sindicales”, quienes estarían dentro la unidad de negociación si no se les considera como supervisores, o estarían excluidos de dicha unidad si es que sí se les considera como tales. La mayoría sindical puede depender de si los “líderes sindicales” están incluidos o no en la unidad de negociación. Al final, es la NLRB quien decide³¹.

30 “Apropiado” y “suficiente” son conceptos usualmente no definidos, por lo que las disputas y conflictos siguen existiendo sobre estos puntos.

31 Las decisiones de la NLRB sobre la “unidad de negociación” no son directamente apelables ante las cortes judiciales. Sin embargo, la revisión judicial de estas decisiones puede ser lograda a través de la denominada “negativa técnica a negociar”, bajo el siguiente escenario: 1) el empleador y el sindicato no están de acuerdo con la composición de la unidad de negociación (generalmente, la disputa gira en torno a si ciertas categorías de trabajadores pueden ser consideradas como “supervisores”, pues de esto dependerá si entrarán o no en la unidad de negociación; tenga en cuenta que cualquiera de las partes podría defender cualquier posición, dependiendo de su evaluación estratégica de cómo la determinación afectará la representación mayoritaria); 2) la NLRB decide la unidad de negociación en favor al sindicato; 3) el sindicato gana la elección de la NLRB y esta “certifica” al sindicato como la “unidad de negociación”, lo que significa que el empleador debe sentarse en la mesa de negociación y hacerlo de buena fe; 4) el empleador se niega a negociar (esta es la “negativa técnica”); 5) el sindicato presenta una queja por práctica laboral desleal basada en la denegatoria del empleador a negociar; 6) la NLRB the NLRB automáticamente determina que el empleador está actuando de manera ilegal y le ordena negociar; 7) ahora, el empleador apela la calificación de práctica desleal

Una decisión del año 2011 de la NLRB a favor de los esfuerzos de los sindicatos para organizar subgrupos dentro de un lugar de trabajo o en un solo centro de trabajo en empresas de múltiples sucursales, provocó una furiosa respuesta legal y legislativa de las cadenas nacionales de restaurantes y cadenas de tiendas nacionales (estas últimas dirigidas por Wal-Mart)³². Ellos reclamaron que solamente el grupo más grande en el centro de trabajo, o una unidad de negociación a nivel nacional de todos sus restaurantes o tiendas, es una “unidad apropiada”^{33NT11}. Debido a la abrumadora dificultad logística de organizar cientos o miles de establecimientos al mismo tiempo, los sindicatos prefieren una unidad apropiada en el restaurante o tienda individual donde puedan obtener el apoyo mayoritario.

Las decisiones de la corte de apelaciones respaldaron la regla de la NLRB, al señalar que dicha Junta actuó dentro de su autoridad legal³⁴. Sin embargo, en diciembre de 2017, una nueva Junta con una mayoría de miembros nombrados por el presidente Trump, revocó la decisión comentada, con una votación de 3-2³⁵.

6. La regla de la mayoría

Según la NLRA, la Junta Laboral solo “certificará” a los sindicatos escogidos por la mayoría de los trabajadores en una unidad de negociación. Usualmente, el mecanismo para determinar la representación mayoritaria de los sindicatos consiste en las elecciones realizadas por la NLRB, en las cuales el voto es secreto. Pero en algunos casos, los sindicatos pueden demostrar un apoyo mayoritario a través de tarjetas de membresía firmadas, peticiones u otro tipo de métodos. Los sindicatos y los empleadores a menudo acuerdan el método de “verificación de tarjeta (o membresía)” para medir la representación mayoritaria, normalmente con la promesa de que los empleadores tendrán cierto grado de neutralidad. La NLRB

ante las cortes federales de apelación; y 8) la corte de apelaciones revisa la disputa subyacente sobre la unidad de negociación y si la NLRB aplicó adecuadamente el estándar de “interés comunitario”, y decide si debe cumplir con la orden de negociar emitida por la Junta o si exonera al empleador de cumplirla. Todo esto lleva años para desarrollarse, frustrando los derechos de libertad sindical de los trabajadores durante ese tiempo.

32 *Specialty Healthcare & Rehabilitation Center*, 357 N.L.R.B. No. 83 (2011); see Lawrence E. Dubé, “Graham Will Offer NLRB Funding Amendment To Block *Specialty Healthcare* Enforcement,” Bloomberg BNA *Daily Labor Report*, June 13, 2012.

33 ^{NT11} Esto es, aquella que tengan la legitimidad para negociar en representación del resto de trabajadores.

34 Ver *Nestle Dreyer’s Ice Cream Co. v. NLRB* (No. 14-2222/14-2339, 4th Cir., April 26, 2013); *Macy’s, Inc. v. NLRB* (No. 15-60022, 5th Cir., June 2, 2016).

35 Ver *PCC Structural, Inc.*, 365 NLRB No. 160 (2017).

también puede certificar sindicatos que obtienen el reconocimiento a través de este método de verificación.

En consecuencia, las Autoridades de Trabajo no certificarán a los sindicatos minoritarios en una unidad de negociación *presuntamente* apropiada. Sin embargo, esto no implica que los trabajadores sin mayoría no puedan organizar sindicatos y tratar de negociar con los empleadores. Solo significa que los sindicatos minoritarios no pueden obligar al empleador a negociar, junto con otras garantías que acompañan a la certificación bajo la NLRA. Este es un punto importante a la luz de las críticas de que la “exclusividad mayoritaria” de la NLRA viola las normas de la OIT³⁶.

7. Certificación

Al certificar a un sindicato como el agente de negociación de los trabajadores en una unidad de negociación basado en la representación mayoritaria, la NLRA confiere ciertas protecciones para los trabajadores y su sindicato. El sindicato representa a todos los trabajadores de la unidad de negociación. El empleador debe *reconocer* al sindicato y negociar de buena fe con el mismo. Negarse a negociar es una práctica laboral ilegal.

La condición que otorga la certificación al sindicato y los derechos de negociación están protegidos durante un período de tiempo determinado (generalmente un año) contra la impugnación de otro sindicato o una medida de los trabajadores con fines antisindicales, que busquen descertificar al sindicato. Esto otorga un tiempo para llegar a un convenio colectivo sin el temor a la descertificación o el desafío de otro sindicato.

8. Representación exclusiva

La NLRA permite que un sindicato certificado tenga la representación exclusiva de todos los trabajadores dentro de una unidad de negociación, independientemente de si se encuentran sindicalizados, de si apoyen realmente al sindicato, o de si prefieran negociar individualmente o en sub-grupos para obtener un mejor acuerdo del que ellos consideran que el sindicato obtendrá. Las minorías

36 Ver R.J. Adams, “The Supreme Court, Collective Bargaining and International Law: A Reply to Brian Langille,” 14 C.L.E.L.J. 111 (2008).

disidentes son representadas por el sindicato certificado, por lo menos hasta que convenzan a sus compañeros de crear una nueva mayoría a favor de un sindicato diferente o los convenzan de descertificar al sindicato.

Si el 51% de los trabajadores escogen la representación sindical, y el 49% es abiertamente contraria al sindicato y no desean formar parte de este, una pena por ellos. El sindicato es su agente de negociación, y sus términos y condiciones de trabajo serán los que dicha organización negocie. Del mismo modo, si el 49% son miembros y partidarios de otra organización, una pena por ellos igual. El sindicato del 51% será el agente de negociación y el 49% no puede negociar en su nombre.

Sin embargo, aun cuando un sindicato seleccionado por la mayoría tiene derechos exclusivos de negociación, los empleados representados son libres de formar, unirse y abogar por otro sindicato sin represalias. Los miembros de un sindicato minoritario pueden organizarse junto con sus compañeros de trabajo para que su sindicato desplace a un sindicato titular si es que obtienen un apoyo mayoritario para el nuevo sindicato. Según la sección 9 (a) de la NLRA, un sindicato minoritario también puede presentar quejas al empleador y hacer que estas se tramiten sin la intervención del sindicato certificado, siempre que los resultados no sean contrarios al acuerdo de negociación colectiva.

9. Deber de negociación

Cuando se certifica a un sindicato, el poder coercitivo del Estado obliga al empleador, esté de acuerdo o no (y en muchos casos no lo está, pues puede haberse opuesto radicalmente al intento de organización colectiva de sus empleados), a negociar colectivamente. La misma fuerza coercitiva lo obliga a negociar con el sindicato de buena fe, esto es, con una mente abierta y un sincero deseo de llegar a un acuerdo. Si un empleador no cumple con esta obligación legal, el sindicato puede denunciar dicha situación como una práctica laboral ilegal, alegando que se produjeron negociaciones de mala fe.

Naturalmente, la “mente abierta” y el “deseo sincero” son conceptos abiertos y difíciles de probar o refutar. Esto lleva a litigios complicados en casos de prácticas laborales ilegales por mala fe negocial, donde la apertura y la sinceridad deberán ser inferidas de la conducta de las partes. Pero estos casos continúan y los empleadores a menudo son declarados culpables. El remedio es débil: por lo general, la obligación de volver a la mesa de negociaciones e intentarlo nuevamente, esta vez

de buena fe. Pero el empleador está en aviso, y alguien que se niega rotundamente a negociar será considerado en desacato por la corte.

Al mismo tiempo, la NLRA no exige que el empleador acepte ninguna propuesta sindical en particular. El empleador tiene derecho a participar en “negociaciones duras”, planteando propuestas desagradables para el sindicato, siempre y cuando no realice “negociaciones superficiales”, con el objetivo oculto de nunca llegar a un acuerdo y, así, debilitar al sindicato cuando los trabajadores se sientan frustrados e insatisfechos.

Fijar la línea entre la negociación dura y la negociación superficial es tan complejo como el problema de determinar si hubo apertura o sinceridad en la negociación. Aún así, las Autoridades de Trabajo examinarán las conductas de las partes en busca de evidencia de una negociación superficial, pudiendo imponer importantes remedios como el pago de salarios devengados u otras medidas “integrales” al encontrar las violaciones.

A primera vista, esta característica de negociación obligatoria de la NLRA va más allá de la exigencia del Convenio 98 de la OIT de que la negociación sea “voluntaria” en ambos lados. Fortalece enormemente la capacidad de los sindicatos. De hecho, los empleadores estadounidenses podrían argumentar que la NLRA viola el Convenio núm. 98 al obligar a los empleadores a negociar.

Bajo una legislación similar, los empleadores rumanos plantearon dicho argumento ante el CLS en un caso decidido en el año 2002, luego de que el gobierno señalara que multaría a las empresas que se negaran a negociar. El CLS hizo una distinción clave entre exigir a los empleadores negociar y exigirles que lleguen a un acuerdo. Lo primero es admitido, lo segundo entraría en conflicto con el principio de negociación libre y voluntaria. El Comité señaló que:

(...) [Es] importante subrayar que la ley de que se trata en este caso no obliga a concluir un convenio colectivo (...) existen en el mundo otros muchos sistemas de relaciones laborales que, en diversas circunstancias, obligan a entablar negociaciones (...). [El] Convenio núm. 98 no impone al Gobierno el deber de negociar colectivamente del mismo modo que no resulta contrario a dicho artículo obligar a los interlocutores sociales a entablar negociaciones (...)”³⁷.

37 Ver Comité de Libertad Sindical de la OIT, Queja presentada contra Rumanía, Caso No. 2149, Informe No. 328 (2002). “Interlocutores sociales” es el término que la OIT emplea para nombrar a los “trabajadores” y “empleadores”.

Este es el preciso equilibrio alcanzado bajo la NLRA, que obliga a los empleadores a negociar de buena fe con un sindicato certificado, pero no obliga a un acuerdo sobre ninguna cláusula particular propuesta por el sindicato³⁸.

10. Derecho de huelga

Los Convenios núm. 87 y núm. 98 de la OIT no mencionan expresamente el derecho de huelga. Sin embargo, por varias décadas, el derecho ha sido cuidadosamente tratado en varios casos ante el CLS y otros órganos de control de la OIT, siendo hoy firmemente reconocido, dentro de la jurisprudencia de la OIT, como un elemento esencial de la libertad sindical, “un corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87”³⁹.

En concordancia con los estándares de la OIT, los trabajadores estadounidenses del sector privado tienen un derecho relativamente ilimitado a la huelga para buscar un nuevo convenio colectivo, ya sea en un centro de trabajo sin sindicato que busca su primer convenio o uno que ya cuenta con uno, pero está próximo a expirar. Muchos convenios prohíben las huelgas mientras este se encuentre vigente. No todos, sin embargo. Algunos convenios permiten huelgas para reclamar o quejarse por algún asunto o huelgas sobre temas esenciales, como la seguridad y salud en el trabajo, por más que el convenio esté vigente.

Los trabajadores no afiliados a un sindicato pueden ejercer el derecho de huelga (no sucede a menudo, pero sucede), y su huelga se trata como “actividades concertadas o colectivas protegidas”. El empleador no puede tomar represalias contra ellos por ejercer tal derecho⁴⁰. Esta es la pregunta que ha surgido en un caso nacional que involucra a McDonald’s, en el que el estatus de “empleador con-

38 Ver NLRA Sección 8(d); *H.K Porter Co., Inc. v. NLRB*, 397 U.S. 99 (1970).

39 Ver OIT, *Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949*, párrafo 151 (1994).

40 Ver *NLRB v. Washington Aluminum Co.*, 370 U.S. 9 (1962). El empleador puede reemplazarlos, como con cualquier huelga, pero dado que las huelgas de trabajadores no sindicalizados son a menudo espontáneas y breves, el empleador rara vez está en condiciones de realizar los reemplazos, pues no puede hacerlo (y menos tomar represalias) después de que los trabajadores vuelvan a laborar. En este trabajo, no me pronunciaré sobre las huelgas en el sector público, pues son demasiado complejas como para ser tratados en este documento. La mayoría de las jurisdicciones de los EEUU prohíben las huelgas de los empleados del sector público, una clara violación de las normas de la OIT, como lo encontró el Comité de Libertad Sindical en un caso que involucra a trabajadores de tránsito de la ciudad de Nueva York. Ver Comité de Libertad Sindical de la OIT, *Queja presentada contra los Estados Unidos*, Caso No. 2741, Informe No. 362 (2011).

junto” entre McDonald’s y sus franquicias, podría generar que el franquiciador más grande y rico (es decir, McDonald’s, el gigante corporativo) sea considerado responsable de las represalias que las franquicias realizaron contra los activistas de “Fight for \$15”^{41NT12}, durante las huelgas organizadas en las tiendas McDonald’s. En un caso aparte, la NLRB dictaminó recientemente que una “huelga individual” de un solo empleado que se unía a las protestas estaba protegida por ser parte de un movimiento de empleados más amplio⁴².

11. Cambio de sindicatos

La NLRA excluye un fenómeno que prevalece en muchos países: sindicatos monopolistas que nunca pueden ser desplazados, sin importar cuán ineficaces sean o cuán abrumadoramente los trabajadores quieran cambiar de sindicato y obtener una mejor representación. En los EEUU, los sindicatos pueden tener derechos de negociación exclusivos porque en cierto momento la mayoría de los empleados los eligieron. Pero los trabajadores tienen derecho a cambiar de opinión.

La NLRA proporciona vías legales para cambiar representantes sindicales, o para descertificar un sindicato con el cual los trabajadores se han desencantado. No caprichosamente; pues para promover la estabilidad en las relaciones laborales, la legislación norteamericana establece determinados requisitos procedimentales para descertificar o desplazar a los sindicatos. Pero los obstáculos no son insuperables para los trabajadores decididos a cambiar de un sindicato titular.

III. Entrando en conflicto: ¿Cómo las tergiversaciones de la NLRA violan las normas de la OIT?

La Ley Wagner de 1935 como tal (NLRA) se encuentra en consonancia con las normas de la OIT. Las posteriores enmiendas de la Ley Taft-Hartley de 1947 y

41 ^{NT12} “Fight for \$15” es un movimiento político laboral que busca el aumento del sueldo mínimo a \$15 por hora, el cual fue apoyado, principalmente, por trabajadores de empresas o sucursales cadenas de alimentos, como Mc Donald’s. Para mayor información, ver: <https://fightfor15.org/>

42 Aunque los republicanos ahora tienen una mayoría de 3-2 en la NLRB después de una serie de nombramientos por parte de Trump, los casos individuales son decididos por paneles compuestos por tres miembros. En este caso particular, los dos demócratas eran miembros del panel, y los casos fueron decididos por un voto de 2-1, con la disidencia del miembro republicano. McDonald’s está apelando el fallo ante un tribunal de apelaciones del distrito federal, donde espera una revocación por parte de un tribunal que simpatice más con las opiniones de los empleadores. NT: Para revisar las decisiones emitidas por la NLRB, revisar: <https://www.nlr.gov/cases-decisions/decisions/board-decisions>

las decisiones judiciales, que orientaron la legislación laboral hacia una dirección favorable a los empleadores, generaron un conflicto entre varios de los elementos de la legislación laboral estadounidense con las normas internacionales de libertad sindical⁴³.

La exclusión de ciertos trabajadores de la legislación laboral es un punto de partida. De hecho, fue un error de la versión original de la NLRA, solamente empeorada por la Ley Taft-Hartley. La NLRA original excluyó claramente a los trabajadores agrícolas de su cobertura. Aún así, ellos todavía pueden argumentar que conservan el derecho a la libertad sindical frente al gobierno. Las autoridades públicas no pueden arrestarlos si es que forman sindicatos. Sin embargo, los empleadores pueden despedirlos, y ellos no tienen la posibilidad de acudir a una Junta Laboral o cuestionarlo judicialmente, para buscar la reposición y el pago de los salarios devengados⁴⁴.

La Ley Taft-Hartley de 1947 fue mucho más allá. Eliminó los derechos sindicales de los supervisores de categorías menores y de contratistas independientes, impidiendo que millones de trabajadores tengan la posibilidad de negociar colectivamente, erradicando miles de “sindicatos de capataces”, los que eran comunes en ese entonces. Prohibió los movimientos de solidaridad de los trabajadores bajo la rúbrica de “boicots secundarios”. Agregó una cláusula de “libertad de expresión del empleador”, que permite a los gerentes hacer una campaña abierta y agresiva contra los intentos de organización colectiva de los trabajadores en sus centros de trabajo.

Las decisiones jurisprudenciales también orientaron a la legislación laboral hacia un sentido perjudicial para los trabajadores y las organizaciones sindicales.

43 Para un tratamiento integral, ver Julius G. Getman, *The Supreme Court on Unions: Why Labor Law Is Failing American Workers* (Cornell ILR Press 2016).

44 Con esto no se pretende menospreciar la grave represión que sufrieron los trabajadores agrarios al buscar organizarse en los años siguientes a la promulgación de la NLRA. Desde entonces, California y otro grupo de estados han promulgado leyes que reconocen el derecho de asociación de los trabajadores agrarios. Las decisiones de algunas cortes estatales de los EEUU también han ido en esa misma línea. Por ejemplo, la Corte Suprema de Nueva Jersey ordenó la reposición y el pago de salarios devengados a los trabajadores agrarios que fueron despedidos por organizarse colectivamente, basándose en las garantías constitucionales del derecho de asociación y de negociación colectiva. “A menos que las prácticas laborales ilegales [la corte tomó este término de la narrativa de la NLRA; pues ninguna norma define las “prácticas laborales ilegales” en relación con el trabajo agrario] de los empleadores sean efectivamente remediadas, los sindicatos que representan a los trabajadores agrarios migrantes se debilitarán sustancialmente, si es que no llegan a desaparecer (...). El pago de los salarios devengados y la reposición son remedios apropiados para hacer cumplir la garantía constitucional del [derecho de sindicación].” Ver *COTA v. Molinelli Farms*, 552 A. 2d 1003 (1989).

Incluso antes de 1947, la Corte Suprema de los EEUU decidió que los empleados pueden reemplazar permanentemente a los trabajadores que ejercen el derecho de huelga⁴⁵.

En la década de 1980, esto empeoró. Este fue un momento en que la afiliación sindical cayó y los valores predominantes cambiaron de la democracia industrial y la solidaridad social hacia el control de la gestión y la competitividad global. Los reemplazos permanentes se generalizaron, guiados por el despido masivo de los controladores de tráfico aéreo realizado por Ronald Reagan⁴⁶.

Las decisiones emblemáticas de la legislación laboral en los años ochenta y noventa continuaron con la tendencia antisindical. La Corte Suprema de los EEUU señaló que los trabajadores no tenían derecho a negociar sobre la decisión de un empleador de cerrar su centro de trabajo porque los empleadores necesitan un poder “libre de obstáculos” para tomar decisiones de forma rápida y en secreto. La Corte estableció que la negociación colectiva “podría proporcionarle a un sindicato una herramienta poderosa para lograr la demora de la decisión, lo que podría usarse para frustrar las intenciones de la empresa”⁴⁷. En otro caso, la Corte determinó que los trabajadores no tenían derecho a recibir información de las organizaciones sindicales en un estacionamiento de un centro comercial de acceso público porque los derechos de propiedad privada del empleador superan el derecho de libertad sindical de los trabajadores⁴⁸.

Cuando las disposiciones de la NLRA supuestamente entraron en conflicto con la política de inmigración bajo la Ley de Reforma y Control de Inmigración (IRCA), la Corte Suprema declaró que lo dispuesto en la IRCA debía prevalecer sobre aquella ley. Así, cuando trabajadores indocumentados solicitaron el pago de los salarios devengados a raíz de despidos antisindicales, la Corte decidió que la política de inmigración debía prevalecer sobre las protecciones para los trabajadores que se organizan y negocian. De esta manera, en lugar de concebir a la NLRA

45 *NLRB v. Mackay Radio & Telegraph Co.*, 304 U.S. 333 (1938). La jurisprudencia exigía dos condiciones: 1) los trabajadores no podían ser despedidos; permanecían en una lista de espera por si un “rompehuelgas” se va y deja una vacante, y 2) los empleadores no pueden reemplazar permanentemente a los trabajadores que ejercen el derecho de huelga ante prácticas laborales ilegales.

46 Ver, por ejemplo, Jonathan D. Rosenblum, *Copper Crucible: How the Arizona Miners' Strike of 1983 Recast Labor-Management Relations in America* (1995); sobre la disputa de los trabajadores del control aéreo, ver Joseph P. McCartin, *Collision Course: Ronald Reagan, the Air Traffic Controllers, and the Strike that Changed America* (Oxford 2011).

47 Ver *First National Maintenance Corp. v. NLRB*, 452 U.S. 666 (1981).

48 Ver *Lechmere, Inc. v. NLRB*, 502 U.S. 527 (1992).

como una garantía de los derechos laborales básicos, la Corte la consideró como una opción distinta, que debía ceder ante las políticas de inmigración⁴⁹.

El CLS ha considerado que varios de estos aspectos de la legislación laboral estadounidense son contrarios a los Convenios núm. 87 y núm. 98 de la OIT. El CLS está compuesto por tres representantes de cada gobierno, empleadores y sindicatos, más un presidente neutral. Se ocupa de las quejas ante violaciones de los Convenios núm. 87 y núm. 98. El Comité ha visto cerca de 3.000 casos desde que comenzó su trabajo en 1951, creando un conjunto de decisiones laborales internacionales que guían la conducta de los gobiernos, empleadores y sindicatos.

El CLS no realiza audiencias con interrogatorios y contrainterrogatorios de testigos. Recibe información escrita de los denunciantes y de los gobiernos que responden las quejas, basándose en esta información para tomar sus decisiones. El Comité emite informes y recomendaciones, generalmente en un lenguaje diseñado para no condenar, sino para buscar que los gobiernos cumplan con sus obligaciones. Incluso con tales sutilezas diplomáticas, estas decisiones contienen a veces conclusiones expresas sobre violaciones de derechos.

El CLS ha considerado que varios aspectos claves de la legislación laboral de EEUU es incompatible con los estándares de la OIT. En una queja presentada por la AFL-CIO contra la doctrina del esquirolaje o reemplazo de huelguistas, el Comité señaló que “el derecho a la huelga es uno de los medios esenciales de los trabajadores y sus organizaciones para promover y defender sus intereses económicos y sociales”, por lo que el uso de reemplazos permanentes para el caso de los huelguistas viola este derecho⁵⁰.

El Sindicato de Trabajadores de Alimentos y Comercio (UFCW) y la UITA Global Union presentaron una queja ante el CLS por las restricciones de la legislación de los EEUU que impiden el acceso a los trabajadores a los espacios de propiedad del empleador, como estacionamientos y áreas de acceso público. El Comité concluyó que los representantes sindicales deben tener la misma oportunidad de informar a los trabajadores sobre su organización, incluso a través del acceso de los dirigentes al lugar de trabajo para que los trabajadores puedan obtener noticias e información de ellos⁵¹.

49 Ver *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB*, 535 U.S. 137 (2002).

50 Ver Comité de Libertad Sindical de la OIT, *Queja contra el Gobierno de los EEUU presentada por la Federación Americana de Trabajo y el Congreso Industrial de Organizaciones (AFL-CIO)*, párrafo. 92, Informe No. 278, Caso No. 1543 (1991).

51 Ver Comité de Libertad Sindical de la OIT, *Queja contra el Gobierno de EEUU*, Caso No. 1523,

En una queja presentada por la AFL-CIO y una federación sindical mexicana después de la decisión de la Corte Suprema de EEUU para el caso *Hoffman Plastic*, el CLS concluyó que “las medidas de reparación de que aún dispone la NLRB para actuar en casos de despido ilegal de trabajadores indocumentados son inadecuadas para garantizar una protección efectiva contra los actos de discriminación antisindical”. Por ello, el Comité recomendó la adopción de medidas legislativas para lograr la concordancia entre la legislación laboral de los EEUU y los principios de la libertad sindical⁵².

Estas son otras decisiones del CLS a raíz de quejas presentadas por organizaciones de trabajadores norteamericanas contra los EEUU:

- Recomendó modificar la legislación para revocar la imposibilidad de los inspectores de aeropuertos en la Administración de Seguridad del Transporte (TSA) de negociar colectivamente, impuesta durante el Gobierno de Bush;⁵³
- Recomendó la toma de acciones para revocar una decisión de la NLRB que amplía la definición de “supervisor” en la NLRA, excluyendo así a un gran número de trabajadores de la protección del derecho de sindicación y del derecho de negociación colectiva;⁵⁴
- Recomendó la modificación de la legislación estatal de Carolina del Norte para permitir que sus trabajadores públicos gocen del derecho de sindicación y negociación colectiva;⁵⁵
- Recomendó la modificación de la legislación estatal de Nueva York para eliminar las severas sanciones que se imponían a los trabajadores del sector público, bajo la “Ley Taylor”⁵⁶.

Informe No. 284 (1992).

52 Ver Comité de Libertad Sindical de la OIT, *Queja contra el Gobierno de EEUU*, Caso No. 2227, Informe No. 332 (2003).

53 Ver Comité de Libertad Sindical de la OIT, *Queja contra el Gobierno de EEUU*, Caso No. 2292, Informe No. 343 (2006).

54 Las decisiones de la NLRB son conocidas como la *Trilogía Oakwood*, 348 NLRB Nos. 33, 37 y 38 (2006), el cual trataba sobre la categoría de “enfemeros/as encargados/as” in espacios hospitalarios. Para revisar la decisión del CLS, ver Comité de Libertad Sindical de la OIT, *Queja contra el Gobierno de EEUU*, Caso No. 2524, Informe No. 349 (2008).

55 Ver Comité de Libertad Sindical de la OIT, *Queja contra el Gobierno de EEUU* (Caso No. 2460), Informe No. 344 (2007).

56 El caso de la “Ley Taylor” se centró en el encarcelamiento, multas monetarias y otras sanciones contra los líderes del sindicato de trabajadores de tránsito de la ciudad de Nueva York y contra el propio sindicato. Ver Comité de Libertad Sindical de la OIT, *Queja contra el Gobierno de EEUU*, Caso No. 2741, Informe No. 362 (2011).

Los empleadores norteamericanos también son conscientes de que estos elementos de la legislación laboral de los EEUU violan los estándares internacionales. La misma organización que representa a los empleadores ante la OIT, el Consejo de Estados Unidos para los Negocios Internacionales (USCIB), ha señalado que:

La legislación laboral y la práctica norteamericana entra en conflicto con varios de los estándares de la OIT (...) la ratificación del convenio [sobre libertad sindical], prohibiría todos los actos de injerencia de empleadores y sindicatos en la organización colectiva, lo que eliminaría los derechos de los empleadores bajo la NLRA de oponerse a los sindicatos⁵⁷.

Otra publicación de la USCIB afirma que:

Bajo la NLRA, un empleador no comete una práctica laboral ilegal si es que hace una declaración antes de las elecciones en el horario y local de la empresa y niega la solicitud del sindicato de poder realizar una réplica (...) o cuando la gerencia realiza declaraciones antisindicales ante los trabajadores en sus centros de trabajo (...). Todas estas son formas de interferir en la organización, pero se encuentran acorde con la NLRA (...) esta “libertad de expresión” y otros actos de interferencia permitidos por la NLRA serían considerados ilegales bajo el Convenio núm. 87⁵⁸.

Los sindicatos acuden al CLS siendo conscientes de que sus decisiones no serán ejecutables en el sentido legal habitual. Pero una decisión desde el derecho internacional puede dar un impulso fuerte en la defensa de los sindicatos. Esto puede ser útil para las estrategias de campañas que buscan atraer a los sindicatos de todo el mundo, a los grupos de la sociedad civil que ven temas vinculados a los derechos laborales, los defensores comunitarios y de derechos civiles, los inversionistas socialmente responsables que desean que su dinero vaya a empresas que respetan los derechos de los trabajadores, los funcionarios de gobiernos extranjeros, y otros actores que son sensibles a las preocupaciones en torno a los derechos humanos.

57 USCIB, “U.S. Ratification of ILO Core Labour Standards”, *Issue Analysis*, April 2007 (énfasis añadido).

58 *Id.*, pp. 43-44 (énfasis agregado).

IV. Usando las normas internacionales de trabajo de la OIT para defender a los trabajadores norteamericanos

Como se presentó anteriormente, las características claves de la Ley Wagner son compatibles con las normas laborales fundamentales de la OIT, mientras que otras características de la NLRA (y su interpretación por las juntas y las cortes) no lo son. A pesar de esta relación bipolar entre la legislación laboral estadounidense y las normas internacionales, algunos sindicatos estadounidenses han logrado explotar esta relación para abogar por los derechos de los trabajadores en los EEUU y obtener algunas victorias.

A continuación, presento casos en los que los trabajadores norteamericanos y sus sindicatos recurrieron a los estándares de la OIT, las decisiones del CLS y otros principios del derecho laboral internacional, para avanzar en los objetivos de organización y negociación colectiva.

1. First Student

La corporación FirstGroup, con sede en Escocia, es el mayor proveedor de servicios de transporte de autobuses de colegios privados en los EEUU, a través de su subsidiaria: First Student⁵⁹. Las operaciones crecieron rápidamente a fines de la década de los 90s y durante el inicio de los 2000s, ya que los distritos escolares locales buscaron reducir los costos al subcontratar el servicio de autobuses, en lugar de emplear directamente a los conductores. En muchos casos, las atractivas ofertas de First Student para estos servicios dependían de mantener bajos los salarios y beneficios de sus trabajadores.

Los conductores de autobuses y mecánicos de First Student se unieron al Sindicato de Camioneros (Teamsters unión), buscando ayuda para organizarse y negociar mejores condiciones. En Reino Unido, casi todos los empleados de FirstGroup contaban con representación sindical y negociación colectiva, en una relación laboral y gerencial saludable y productiva. Pero, en lugar de aplicar esa política local, la compañía respondió con campañas agresivas para obstaculizar los esfuerzos de los trabajadores en organizarse, al estilo de las gerencias norteamericanas⁶⁰.

59 De acuerdo con su sitio web, “First Student es el más grande proveedor de transportes escolares en norteamérica – el doble del tamaño del siguiente competido más grande.” Ver <http://www.firstgroupplc.com/about-firstgroup/first-student.aspx> (Consulta realizada el 9 de diciembre de 2017).

60 Para un análisis de este tipo de “campañas antisindicales”, ver Human Rights Watch, *A Strange Case*:

Las tácticas incluyeron el envío de cartas y videos antisindicales a los hogares de los trabajadores y reuniones obligatorias en los centros de trabajo, presagiando que, si los trabajadores votaban en favor de la representación sindical, perderían su trabajo. Uno de los mensajes difundidos a los trabajadores advertía que la legislación laboral estadounidense permitía que First Student reemplazara permanentemente a los empleados que estaban en huelga, y que la gerencia no dudaría en utilizar esta opción. Esta amenaza contradecía directamente la decisión del CLS de 1991 sobre la doctrina de reemplazo de huelga permanente o esquirolaje.

Al mismo tiempo que amenazaba con el uso de reemplazos permanentes, FirstGroup había manifestado en su sitio web, en reuniones de accionistas y en declaraciones públicas a los inversores, su compromiso con las normas laborales fundamentales de la OIT, que comienzan con el derecho de los trabajadores a organizarse y negociar colectivamente. El Sindicato de camioneros y los aliados de la sociedad civil aprovecharon la incongruencia entre las promesas públicas de la compañía y su comportamiento hacia los conductores de autobuses escolares en los EEUU como pieza central de un movimiento internacional.

En una amplia “campana corporativa”, el sindicato y sus aliados recurrieron a organizaciones sindicales y ONG británicas y escocesas; a miembros de los parlamentos del Reino Unido y Escocia; a la Comunidad Europea de Inversión Social; y a los propios accionistas y directores de FirstGroup, exigiendo que se detengan las violaciones de la compañía a las normas internacionales del trabajo en sus operaciones estadounidenses, en particular, la amenaza de reemplazar permanentemente a los trabajadores que ejercen el derecho de huelga. La defensa de FirstGroup de que “nuestros abogados nos comentan que esto está permitido en virtud de la legislación laboral de los EEUU” fracasó cuando los defensores mencionaron el contundente criterio de un organismo autorizado de la OIT, según el cual la doctrina de reemplazo permanente viola la libertad sindical de los trabajadores.

La campaña culminó en una reunión de accionistas en el año 2007 en Aberdeen (Escocia). La sección escocesa del sindicato de trabajadores del transporte adquirió acciones en FirstGroup para tener voz en la reunión anual e invitó a los empleados de First Student a testificar de forma directa sobre las amenazas de la gerencia en los EEUU. Los trabajadores también testificaron en consultas parla-

Violations of Workers' Freedom of Association in the United States by European Multinational Corporations (2010), en https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/bhr0910web_0.pdf (Consulta realizada el 4 de enero de 2018).

mentarias y hablaron en reuniones de inversores socialmente responsables en el Reino Unido.

Reconociéndole el crédito, la gerencia de FirstGroup reconoció su incumplimiento con los estándares internacionales en los EEUU. Adoptó un programa de libertad sindical e instruyó a la gerencia norteamericana para que detuviera la interferencia con los esfuerzos de organización de los trabajadores en las operaciones de First Student. Para implementar esta política, la compañía contrató a William B. Gould, ex presidente de la NLRB, para que sirviera como monitor independiente del programa entre los años 2008 y 2011.

La implementación efectiva de la política de libertad sindical generó que decenas de miles de conductores de First Student puedan organizar con éxito nuevos sindicatos y negociaran convenios colectivos. En el año 2015, el Sindicato de Camioneros (Teamsters union) y First Student llegaron a un acuerdo nacional con mejores salarios y beneficios para los empleados en todo EEUU. Desde entonces, miles de empleados de First Student han elegido la representación sindical para obtener beneficios en virtud del convenio nacional⁶¹.

2. Personal de Seguridad Aeroportuaria

Después de los ataques aéreos de septiembre de 2001, el Congreso y el Gobierno de George W. Bush crearon la Administración de Seguridad del Transporte (TSA) para encargarse de las medidas de seguridad de los aeropuertos. La TSA reemplazó un conjunto de contratistas privados que empleaban trabajadores poco calificados y mal pagados por un grupo de empleados federales capacitados profesionalmente. Sin embargo, el Gobierno solicitó, y el Congreso accedió, que el nuevo cuerpo de agentes de seguridad aeroportuaria no esté cubierto por la Ley Federal de Relaciones Laborales (FLRA), que reconoce el derecho a la negociación colectiva. Argumentaron que la negociación colectiva pondría en peligro la seguridad nacional.

La exclusión de la cobertura de la FLRA significó que los inspectores del aeropuerto no gocen del derecho a negociar colectivamente, incluso la versión limitada de negociación que se les permite a los empleados federales. Si bien esta

61 Ver, por ejemplo, “Chicago First Student Drivers Vote Overwhelmingly to Join Teamsters,” 28 de noviembre, 2017, en https://www.bizjournals.com/chicago/prnewswire/press_releases/Illinois/2017/11/28/DC55927 (Consulta realizada el 4 de enero de 2018).

categoría no puede negociar salarios ni beneficios y tampoco ejercer el derecho de huelga, sí se les permite negociar sobre seguridad y salud en el trabajo, asuntos vinculados a régimen disciplinario, los derechos de antigüedad, las posibilidades de presentar quejas, cláusulas arbitrales, entre otras protecciones. Sin embargo, a los trabajadores de la TSA se les negaron estos derechos, basándose en la opinión de que la negociación colectiva dañaría la seguridad nacional.

La Federación Americana de Trabajadores Públicos presentó una queja en el año 2003 ante el CLS, argumentando que la denegatoria por parte del Gobierno norteamericano de reconocer los derechos de negociación colectiva a los trabajadores de la TSA violaba los Convenios núm. 87 y 98 de la OIT. En el año 2006, el CLS emitió una decisión sobre el caso, señalando que:

Todos los trabajadores de la administración pública que no están al servicio de la administración del Estado deberían disfrutar de los derechos de negociación colectiva (...). Aun reconociendo que el elemento de seguridad es inherente de su trabajo, tal como sucede por cierto también con el personal de control de seguridad de las empresas privadas, el Comité teme que la extensión de la noción de seguridad nacional a personas que, evidentemente, no elaboran políticas nacionales que podrían afectar a la seguridad, sino que se limitan a efectuar determinadas tareas dentro de parámetros perfectamente definidos, impida de hecho indebidamente el ejercicio de los derechos de esos empleados federales.

(...) [E]l Comité pide al Gobierno que examine detenidamente, en consulta con las organizaciones de trabajadores concernidas, las cuestiones contempladas en las condiciones generales de empleo del personal de control de seguridad en los aeropuertos federales cuyo trabajo no esté directamente vinculado a la seguridad nacional para entablar una negociación colectiva al respecto con el representante libremente elegido por dichos trabajadores⁶².

El sindicato empleó los mecanismos de la OIT y las decisiones del CLS, para informar e incentivar a los trabajadores del TSA a formar su sindicato, incluso sin el derecho a negociar colectivamente, mientras se esperaba por un cambio en el criterio del Gobierno⁶³. Así es como el secretario de organización describió esta situación:

62 Ver Comité de Libertad Sindical de la OIT, *Queja presentada contra los EEUU* (Caso No. 2292), Informe No. 343, Informe en el que el Comité solicita que se le mantenga informado sobre los avances (noviembre del año 2006).

63 Ver "AFGE Files with U.N. Agency," *AFGE Government; Standard* newsletter (Setiembre/Octubre de 2003), en <http://www.afge171.org/afge/Standard/GS19-5.pdf> (Consulta realizada el 4 de enero

En un contexto particularmente innovador en el año 2003, el sindicato presentó una queja ante la OIT, señalando que el Gobierno de Bush violaba los derechos humanos al negar el derecho de negociación colectiva a los trabajadores del TSA. Después de todo, algunos derechos humanos pueden ser considerados más importantes que el derecho de asociación.

En una sorpresiva decisión, la OIT concordó con el sindicato y solicitó públicamente al Gobierno reconocer los estándares aceptados internacionalmente. A través de estas acciones, [el sindicato] ayudó progresivamente a sentar las bases necesarias para establecer un “mínimo de derechos” de cara a un sistema efectivo de representación. Al incorporar una estructura de representación dentro de la cual se podría establecer una presencia sindical real, la AFGE comenzó a construir una base sólida de oficiales de seguridad interesados en la sindicalización. La idea de que los trabajadores pueden sentirse atraídos por la sindicalización como un medio para adquirir derechos inspiró la estrategia de organización de AFGE en todo momento⁶⁴.

Cuando Barack Obama entró a la presidencia, su Gobierno buscó revertir las políticas de Bush y regresar a los trabajadores de la TSA bajo la FLRA⁶⁵. En abril del año 2011, el 85% de los votantes de la TSA escogieron tener una representación sindical. La votación se dividió entre dos sindicatos rivales, sin que ninguno obtuviera una mayoría absoluta. En junio, los trabajadores escogieron a la AFGE como su representante en la negociación colectiva⁶⁶. Con más de 40,000 trabaja-

de 2018); ‘Following AFGE Action, UN Body Tells TSA to Let Workers Organize,’ AFGE *Government Standard* newsletter (Enero/Febrero de 2007), en http://www.afge171.org/afge/Standard/GS_2007_Jan_Feb.pdf (Consulta realizada el 4 de enero de 2018); para una revisión completa, ver Sharon Pinnock, “AFGE’s Minority-Union Campaign and the Largest U.S. Organizing Victory in Decades: TSA Workers’ Journey for Rights and Union Representation,” *Working USA: The Journal of Labor and Society*, 7 de diciembre, 2011), en <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1743-4580.2011.00360.x/full> (Consulta realizada el 4 de enero de 2018).

64 Ver Sharon Pinnock, “AFGE’s Minority-Union Campaign and the Largest U.S. Organizing Victory in Decades: TSA Workers’ Journey for Rights and Union Representation,” *Working USA: The Journal of Labor and Society*, 7 de diciembre de 2011), en <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1743-4580.2011.00360.x/full> (Consulta realizada el 4 de enero de 2018).

65 Ver Joe Davidson, “TSA airport screeners get limited collective bargaining rights,” *The Washington Post* (4 de febrero de 2011), en <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2011/02/04/AR2011020406197.html> (Consulta realizada el 4 de enero de 2018).

66 Ver Jim Barnett, “Runoff election needed in TSA union representation vote,” *CNN News* (20 de abril de 2011), en <http://www.cnn.com/2011/US/04/20/tsa.union.vote/index.html> (Consulta realizada el 4 de enero de 2018); Associated Press, “Screeners for T.S.A. Select Union,” *The New York Times*, 23 de junio del año 2011, en <http://www.nytimes.com/2011/06/24/business/24labor.html> (Consulta realizada el 4 de enero de 2018).

dores, la victoria de la AFGE fue la mayor ganancia de una organización sindical individual en décadas.

Estos ejemplos no pretenden exagerar el rol de las normas internacionales de trabajo en los avances de las organizaciones sindicales. En este y otros casos en los que se invocaron estas normas, el compromiso de los sindicatos y la determinación de los trabajadores fueron mucho más determinantes. Sin embargo, el uso creativo de las normas internacionales de derechos humanos y laborales vinculadas a los estándares la OIT creó nuevas plataformas para la acción y promoción de los derechos.

“EL TRABAJO NO ES UNA MERCANCÍA”: FUNDAMENTO CONCEPTUAL DEL ORDEN PÚBLICO SOCIAL

MARIO GARMENDIA ARIGÓN*

En este artículo, el profesor Garmendia reflexiona sobre el sentido histórico que tiene el reconocimiento de la relación indesligable existente entre el trabajo y la persona que lo presta. Este concepto se ha consolidado como un fundamento ético del Derecho del Trabajo y encuentra pleno vigor en la actualidad, como se observa en la Declaración del Centenario de la propia Organización Internacional del Trabajo.**

SUMARIO: **I.** La noción del orden público y el orden público social. **II.** El trabajo concebido como un artículo de comercio. **III.** La desmercantilización del trabajo. **IV.** Significación y actualidad del enunciado.

47

I. La noción del orden público y el orden público social

La idea del *orden público* se ha intentado explicar desde perspectivas bastante diversas. Esto ha contribuido a dotarla de una muy particular complejidad y hasta de cierta opacidad. Estas cualidades han sido ampliamente descritas por la doctrina que en distintas épocas se ha sentido atraída por su estudio, y a cuyo respecto, junto con su condición controversial también siempre ha sido destacada su crucial importancia¹.

* Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de la República y Universidad CLAEH (Uruguay).

** Reseña efectuada por los editores de *Laborem 21*.

1 Del autor: Orden público y Derecho del trabajo, 2ª edición, La Ley Uruguay, 2016, p. 59 y ss.

Muchas teorías se han propuesto sobre la difícil naturaleza de este concepto. Algunas toman como punto de partida el carácter público o privado *del interés* en juego e identifican al *orden público* con la utilidad colectiva o general y en contraposición al *orden privado*, que involucra al interés singular del individuo. Otros han vinculado el *orden público* con las *reglas o valores que conforman el sustrato esencial* de un ordenamiento jurídico dado. Y, a su vez, otros autores -probablemente, los más numerosos- se han enfocado en su aspecto *instrumental*, para identificarlo con el efecto que se traduce en la imposición que tienen ciertas normas respecto de la facultad de disposición de los sujetos particulares.

En todo caso, en relación al orden público es importante distinguir su *esencia* de su *instrumentalidad*. La primera tiene una naturaleza unitaria e integral, porque está conformada por un conjunto de valores superiores o fundamentales que resultan más o menos comunes o uniformes a todas las disciplinas jurídicas. En cambio, los *instrumentos* del orden público pueden ser entendidos como aquellos *recursos técnicos* que se emplean con el objeto de asegurar el respeto inexorable de ciertas normas o valores. Estos instrumentos pueden variar (y, de hecho, varían) en atención a las particularidades y objetivos específicos de cada rama del Derecho².

48

Pero la reducción de la idea sustantiva del *orden público* a sus simples *manifestaciones instrumentales*, representa una infravaloración de su real significación, porque simplifica su sentido y esencia, para concebirlo como si solo se tratara de un *recurso técnico*, lo que supone menospreciar lo que verdaderamente es, a saber, un *conjunto de valores de la vida que por la especial trascendencia que asumen en determinado estadio de la evolución social, pasan a integrar la conciencia jurídica colectiva y se constituyen en objetos de tutela privilegiada por parte del Derecho*³.

A su vez, la expresión *orden público social*, a menudo se emplea para aludir a la idea de la *indisponibilidad relativa*, que consiste en concebir a los contenidos plasmados en las normas laborales exclusivamente como *mínimos*, que, en cuanto sea en beneficio del trabajador, admiten ser *superados* o *sobrepujados* por normas

2 En algunos casos consisten en el establecimiento de límites (absolutos o relativos) respecto de la capacidad de disposición de los particulares (*indisponibilidad absoluta, imperatividad, inderogabilidad* o *eficacia particularmente imperativa* de las normas), en otros casos se manifiesta en materia de vigencia temporal de las normas (*aplicación inmediata, retroactividad, irretroactividad*) o como la imposición de *límites ante la eventual aplicación de normas foráneas* o bajo la forma de la *tutela jurídica automática*, que apunta a proteger determinados *valores fundamentales* incluso en ausencia de reglamentación legal explícita. Para ampliar, v. Orden público y Derecho del Trabajo, op. cit., p. 98 y ss.

3 Orden público y Derecho del Trabajo, cit., p. 74.

inferiores o mediante convenciones colectivas o, incluso, individuales. En este sentido, la denominada *progresividad* del orden público social se expresa en al menos *tres aspectos instrumentales*, mediante los que se tutelan los bienes jurídicos que conforman la esencia del instituto, y que consisten en *la primacía de la regla de la norma más favorable o sobrepujamiento*; *la conservación de las condiciones más beneficiosas*; y *la irrenunciabilidad* por el trabajador de los beneficios que le reconoce el Derecho del Trabajo. La conjunción de estos tres mecanismos tiende a consagrar, por un lado, la sucesiva superación de los niveles de protección, y por otro, la proscripción de los retrocesos de las condiciones de trabajo que ostenta el trabajador; finalidades ambas que se identifican con la idea de la progresividad antes mencionada.

Pero más allá de este aspecto instrumental, corresponde denotar que el orden público social es en realidad uno de los aspectos que conforman aquel conjunto de valores que se integran a la idea sustantiva del orden público⁴, al que le aporta una consideración marcadamente antropocéntrica del universo jurídico.

Resultaría extremadamente difícil y, además, metodológicamente impropio, pretender formular un elenco de valores que pueden considerarse integrantes de la materialidad del orden público social. La esencia unitaria e integral que posee el instituto del orden público, probablemente se constituiría en uno de los elementos determinantes del fracaso de dicha tarea, puesto que seguramente el complejo entramado de cruzamientos que se generaría debido a la interdependencia que guardan los distintos bienes jurídicos que lo componen conformaría una maraña tan impenetrable que restaría toda utilidad al esfuerzo. Por este motivo, el hecho de limitarse a señalar, genéricamente, que todos los valores inherentes a la condición humana constituyen parte integrante de la esencia del orden público social, no podría ser considerado como un excesivo simplismo, sino el ineludible resultado de reconocer la estrecha interdependencia que guardan entre sí todos los valores inherentes a la persona.

En tal sentido, la totalidad de los bienes jurídicos que tutela el Derecho del Trabajo son la materialización o expresión concreta en la materia, de valores de alcance mucho más amplio, en tanto atinentes a la compleja naturaleza humana. Hacer mención a la protección del salario, o al descanso, o a la necesidad de tutelar la libertad sindical, implica necesariamente aludir a bienes tales como la vida, la seguridad, la dignidad o la libertad. Estos últimos constituyen valores fundamentales que impregnan a la disciplina, asumiendo en ella, dimensiones

4 Gamonal Contreras, S., Fundamentos de Derecho Laboral, LexisNexis, Santiago, 2008, p. 18.

y orientaciones específicas, pero que no por este motivo pierden su raigambre genérica sustantiva.

Pero en el perfil que el orden público contornea en la materia laboral, se vislumbra la presencia de una idea fundamental y orientadora, especie de materia prima a partir de la cual se construye la estructura del orden público social, y que se sintetiza en la fórmula matriz “*el trabajo no es una mercancía*”, que es la máxima en la que se resumen y hacia la que confluyen todas las elaboraciones dogmáticas que generó el Derecho del Trabajo, y por ello, puede ser considerada la llave principal de la noción del orden público social.

II. El trabajo concebido como un artículo de comercio

Proclamada la *libertad de trabajo*⁵, el derecho a servirse de la labor ajena debió salir a la búsqueda de una nueva justificación jurídica. La propiedad ejercida directamente sobre el individuo, a título de derecho real⁶ ya no permitiría explicar aquel fenómeno y, por consiguiente, una vez que la persona quedó en libertad para ofrecer su trabajo, este quedó calificado como el *objeto*⁷ de un *contrato*. Pero la nueva relación jurídica surgida del trabajo industrial, no se distinguía de otros contratos, porque los juristas estrictamente veían allí un *negocio entre privados*. El desequilibrio entre las partes (la esencia principal de aquel vínculo) permanecía oculto a los ojos de los juristas⁸.

50

5 La Asamblea Nacional francesa sancionó el 2 de marzo de 1791 la ley conocida como d'Allarde (su texto puede consultarse en www.legifrance.gouv.fr), que declaró la libertad de toda persona para dedicarse al negocio, profesión, arte u oficio que estime conveniente (artículo 7). Este concepto fue elevado en 1793 a rango constitucional (art. 13 de la Constitución francesa: “Ningún género de trabajo, cultura, comercio, podrá ser prohibido a la industria de los ciudadanos”). Olszak, Norbert, *Histoire du Droit du Travail*, ed. Economica, Paris, 2011, p. 23-24.

6 Aunque hay que señalar que, en rigor, el fenómeno de la esclavitud se manifestó a través de diversas variantes en el decurso de la historia y no todas ellas entrañaban un ejercicio directo y sobre la persona del derecho de propiedad. En ciertas etapas, por ejemplo, quedó asociada a circunstancias tales como la adscripción del esclavo a la tierra u otras similares. V.: Alonso Olea, M., *De la servidumbre al contrato de trabajo: Adam Smith y Ana Jacobo Roberto Turgot*, Cuadernillos de la Fundación Electra, Páginas Memorables, 2, FCU, Montevideo, 2014, p. 7 y 8.

7 Señala José Luis Ugarte que el Derecho del Trabajo vino a cumplir una función hasta entonces imposible en el marco de la contratación civil, al permitir que un sujeto pueda apropiarse del trabajo de otro “sin necesidad de apropiarse del trabajador, disociando ficticiamente al objeto –el trabajo– de su titular –el trabajador–”. Ugarte Cataldo, José Luis, *Derecho del Trabajo: invención, teoría y crítica*, Colección Ensayos Jurídicos, Thomson Reuters La Ley, Santiago, 2014, p. 36-37.

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. 27. Palomeque López, M.C., *Derecho del Trabajo e Ideología*, 7ª edición revisada, Tecnos, 2011, p. 52.

Así las cosas, la idea de la libertad permitió que el trabajador, ahora *sujeto de derecho*, dejara de calificar como un *objeto de propiedad*, pero, sin embargo, el trabajo que éste brindaba mantuvo esa condición⁹. Es decir, quedó definido como un *bien* o *artículo de comercio*. El individuo pasó a ser reconocido como titular de la propiedad *sobre su propio trabajo* y esto habilitó la posibilidad de que lo *volcara al mercado*, para ofrecerlo a quien tuviera interés en pagar un *precio a cambio del mismo*. Es decir, el trabajo se *corporizaba*, como si se tratara de un elemento separable de la persona que lo producía, de la que *fluía* para convertirse en una *mercancía* que, al igual que cualquier otra, podía integrarse al tráfico comercial y someterse a los intercambios propios de este último¹⁰.

Fue así que quedó cabalmente configurada la idea del trabajo como *cosa*, del trabajador como una *fuerza generadora de energía* y del salario como el *precio* que debía pagar el capitalista a efectos de apropiarse de aquel ingrediente (el trabajo humano) que era necesario incorporar al proceso productivo.

La ilusión de libertad que resultaba ambientada por aquella rigurosa *concepción contractual-mercantil* del vínculo laboral, prohió la proliferación de condiciones de trabajo y vida miserables¹¹ y descargaba sus peores consecuencias sobre quienes se presentaban y ofrecían en el mercado en estados de mayor fragilidad. Entre estos últimos, las duras condiciones de explotación que afectaban a los niños, generó una alarma que a la postre determinó la adopción de algunas medidas legales paliativas¹². Pero aún no existía en el ambiente de la época una preocupa-

9 V.: Ugarte Cataldo, J.L., Derecho del Trabajo..., cit., p. 36 y ss.

10 Ugarte Cataldo, J.L., Derecho del Trabajo..., cit., p. 36 y ss.

11 Esas condiciones fueron relevadas mediante diversas encuestas. Por ejemplo, en Gran Bretaña (Kay, James Phillips, The Moral and Physical Condition of the Working Classes employed in the Cotton Manufacture in Manchester, de 1832, disponible en: <http://books.google.com.uy/books>; Chadwick, Edwin, Report on the sanitary condition of the labouring population of Great Britain, de 1843, a cuyo texto se puede acceder en <http://archive.org/details/reportonsanitary00chaduoft>) y Francia (Villermé, Louis René, Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie, texto accesible en http://classiques.uqac.ca/classiques/villermelouis_rene/tableau_etat_physique_moral/tableau_etat_physique.html). V., además: Barbagelata, Héctor-Hugo, Curso sobre la Evolución del Pensamiento Juslaboralista, FCU, Montevideo, 2009, p. 29.

12 Los ingleses parecen haber sido los pioneros a este respecto. El antecedente más remoto se remonta al año 1788, cuando una ley estableció la edad mínima de 8 años para la admisión de los aprendices. Sin embargo, esta norma y otras adoptadas con posterioridad (p. ej, la *Health and Morals of Apprentices Act*, de 1802 –cuya iniciativa correspondió a Robert Peel– la *Cotton Mills and factories Act*, de 1819, etc.) no fueron cumplidas en la práctica, determinando que el trabajo de los niños, incluso los muy pequeños, continuara siendo un fenómeno muy extendido. En 1833 el Parlamento adoptó una nueva *Factory Act* que prohibió el trabajo de los niños menores de 9 años y estableció un límite máximo de 8 horas diarias y 48 semanales para los niños de entre 9 y 13 años y de 12 horas diarias

ción por llevar protección al *trabajo* o al *trabajador*, sino que la inquietud estaba dirigida, en alguna medida, hacia la situación de los niños, por su propia condición de tales.

De todas formas y aún así, es este el momento en que se ubica el comienzo del fin del abstencionismo estatal y el inicio de lo que habría de ser el proceso de desarrollo de una intervención legislativa en materia laboral o social. Lentamente se empezó a abandonar la política del abstencionismo estatal, para dejar paso al novedoso impulso intervencionista, ejercido principalmente por la vía legislativa, con el que se procuraba corregir las injusticias provocadas por lo que hasta entonces era juego, completamente libre, de las fuerzas del mercado.

La *legislación industrial* surgió, de este modo, como una de las manifestaciones más relevantes de la nueva tendencia intervencionista y comenzó a desarrollarse en clara ruptura de la hegemonía histórica del derecho civil del liberalismo clásico¹³.

Aquellas primeras normas, empero, todavía dispersas y carentes de cualquier unidad conceptual, ni siquiera se dirigían a abarcar a un universo general y abstracto de sujetos. No aludían en forma genérica, por ejemplo, a *los trabajadores*, a *los operarios* o a *los obreros*. En lugar de eso, definían su ámbito de aplicación mediante la técnica de individualizar o enumerar ciertas actividades, “*sin pronunciarse sobre la naturaleza del vínculo jurídico existente entre el trabajador y empresario*”¹⁴. Sólo se dirigían a regular (y todavía a título de rigurosa excepción) a *determinadas* profesiones o a *ciertas* categorías específicas de trabajadores, a las que reunía conceptualmente a partir de una suerte de *tipicidad social* basada en su condición

para los niños de entre 13 y 18 años. Esta misma norma impuso el deber de que los niños menores de 13 años recibieran escolarización elemental durante dos horas diarias. Esta *Factory Act* fue la primera que respaldó la imperatividad de sus disposiciones con la creación de un cuerpo de inspectores (*‘inspectorate of factories’*). V.: <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/19thcentury>. En Francia, la ley del 22 de marzo de 1841 (*relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers*) introdujo el tema en aquel país, prohibiendo el trabajo de los niños menores de 8 años, y estableciendo límites horarios para los mayores de esa edad (8 horas diarias para aquellos de entre 8 y 12 años, 12 horas para los de entre 12 y 16 años, prohibición de trabajo nocturno para los menores de 13 años, etc.). La norma se aplicaba solamente a las fábricas con “*moteur mécanique*” y a los talleres que emplearan a más de veinte personas. Al igual que aconteció en Inglaterra, la ley francesa de 1841 se ganó rápidamente la reputación de resultar absolutamente carente de aplicación (v.: http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/loi_22_mars_1841-2.pdf). Olszak, N., *Histoire du Droit du Travail*, cit., p. 52.

13 Barbagelata, H-H, *Curso sobre la Evolución...*, cit., p. 125 y ss.

14 Rivas, Daniel, *La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo*, FCU, Mdeo., 1996, p. 28.

de “operarios” u “obreros” de “fábricas”, “talleres”, “establecimientos industriales” o similares¹⁵.

III. La desmercantilización del trabajo

La visión que concebía al trabajo como un *artículo de comercio* había comenzado a ser impugnada a fines del siglo diecinueve por quienes denunciaban la falacia que está ínsita en el planteo que apunta a visualizar la existencia de un divorcio entre *la fuerza de trabajo* y el *sujeto que la produce*¹⁶.

Pero fue con la finalización de la primera guerra mundial que se produjo a este respecto un acontecimiento de singular significación, cuando se llevaron a cabo los trabajos preparatorios de la redacción del Tratado de Versalles y, en concreto, del *preámbulo* y cuerpo del artículo 427, que sería el *acta de nacimiento* de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. Fue en esa ocasión cuando las *leyes de fábricas*, que en las dos décadas previas al inicio del conflicto bélico habían comenzado a emerger de manera dispersa y asistemática en varios países, se encontraron de pronto con el enunciado “*el trabajo no es una mercancía*”, que estaba llamado a convertirse en la idea fuerza que les daría la unidad conceptual y el impulso sobre el que sería posible edificar la dogmática de un *nuevo Derecho*.

15 Ibidem.

16 En un excelente artículo dedicado al tema, Mario Grandi citaba un estudio histórico (O’Higgins, P., “Il lavoro non è una merce”. Un contributo irlandese al diritto del lavoro, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazione industriale*, n. 70, 1996, p. 205 y ss.) que atribuía al economista irlandés J.K. Ingram el mérito de haber sido el primero en contestar la idea mercantilista del trabajo, en un discurso pronunciado en un congreso de sindicatos ingleses que se realizó en 1880. V. Grandi, Mario, “El trabajo no es una mercancía”: reflexiones al margen de una fórmula para volver a meditar”, en *Evolución del pensamiento juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata*, FCU, 1997. Por su parte, en 1890, en el estudio que dedicó al -por entonces- proyecto de código civil alemán, Anton Menger cuestionaba que los autores del mismo hubieran tratado al “...*contrato de servicios cual si fuera un contrato de compra-venta, ó como cualquier contrato que tenga por objeto la prestación de una cosa*” en tanto dichos servicios -decía- “...*no pueden (...) ser separados de la individualidad del obrero, que representa un valor absoluto*”. Este célebre jurista -fundador del llamado “*socialismo jurídico*”- destacaba a dicho respecto que los trabajadores “...*resultan (...) sometidos al patrono, no sólo con referencia a los servicios que prestan, sino con toda su personalidad. Deben emplear, no solamente toda su fuerza, según las órdenes del patrono o amo, sino que con frecuencia excesiva deben someter en beneficio de los intereses del patrono mismo sus propios bienes personales (...): la vida, la salud, la energía, cuando no el honor y la moralidad*”. Menger, *El Derecho Civil y los Pobres*, Ed. Comares, Granada, 1998, p. 283, con Estudio Preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez.

Esta es la máxima en la que se condensa el pensamiento que generó el Derecho del Trabajo, y por ello, puede ser considerada *la llave principal del instituto del orden público social*.

La fórmula -que quedó explicitada definitivamente con esos términos recién en 1944, en la Declaración de Filadelfia sobre los fines y objetivos de la OIT¹⁷-, en realidad puede considerarse presente en el ambiente desde algunas décadas antes, pues es precisamente inspirada en ella que se produce el surgimiento del Derecho del Trabajo.

Es muy interesante recordar cómo se desarrolló el derrotero que condujo hasta el punto en que este crucial enunciado quedara incorporado en el texto de la Parte XIII del Tratado de Versalles.

El origen histórico de la famosísima consigna se ubica en una ley antimonopólica norteamericana, conocida como la *Clayton Antitrust Act*, de 1914.

En la sección 17^a de dicha ley norteamericana se incluyó una disposición que aclaraba a texto expreso que las normas *antitrust* no serían en ningún caso aplicables a las organizaciones sindicales de trabajadores, en el entendido de que, según se dejó establecido, *el trabajo de un ser humano no es una mercancía o un artículo de comercio*. Por esa razón, en el propio texto de la ley se dispuso que las normas antimonopólicas no podrían ser interpretadas o aplicadas con la finalidad de prohibir la existencia o actuación de las organizaciones de trabajadores¹⁸.

Esta referencia fue introducida al texto de la mencionada ley a instancias de Samuel Gompers, quien a la sazón lideraba la importante organización sindical norteamericana, *American Federation Labor* (AFL). Desde tiempo atrás, Gompers se había venido oponiendo en forma vehemente a la difundida concepción del trabajo como un bien de comercio, en el entendido de que, según él mismo

17 En la redacción original de la Constitución de la OIT (artículo 427 del Tratado de Versalles) se leía "...el trabajo no debe considerarse simplemente como un artículo de comercio...".

18 Sec. 17. "*Antitrust laws not applicable to labor organizations.- The labor of a human being is not a commodity or article of commerce. Nothing contained in the antitrust laws shall be construed to forbid the existence and operation of labor, agricultural, or horticultural organizations, instituted for the purposes of mutual help, and not having capital stock or conducted for profit, or to forbid or restrain individual members of such organizations from lawfully carrying out the legitimate objects thereof; nor shall such organizations, or the members thereof, be held or construed to be illegal combinations or conspiracies in restraint of trade, under the antitrust laws*". V. http://wps.prenhall.com/wps/media/objects/751/769950/Documents_Library/clayton.htm.

destacaba, hasta “*el más humilde de los seres humanos posee el misterio de la personalidad*”¹⁹.

La razón que había determinado a este connotado líder sindical norteamericano a reivindicar que en la *Clayton Act* quedara consagrada esa referencia, respondía al hecho de que la anterior ley antimonopólica (la *Sherman Act*, de 1890), que había regido hasta entonces, había sido aplicada por los jueces norteamericanos también en contra de las organizaciones sindicales de los trabajadores, por considerar que la actuación de éstas conspiraba contra la libertad de comercio, a punto de partida de adherir a la teoría económica en boga en la época, que concebía al trabajo como una mercancía o artículo de comercio²⁰.

Es decir, como destacaba Mario Grandi, resulta interesante y curioso apreciar cómo esta declaración, de un profundo contenido ético-jurídico, tuvo un origen asociado a la aplicación de normas de carácter estrictamente técnico-económico. También es interesante apreciar el vínculo que el enunciado tuvo con el reconocimiento y el ejercicio de la libertad sindical, que fue determinante de su nacimiento.

Ahora bien, algunos años más tarde, en las postrimerías de la primera guerra mundial y en el marco de la Conferencia Preliminar de Paz convocada en Versalles, el mismo Samuel Gompers sería el encargado de presidir la Comisión designada para abordar la cuestión de la *Legislación Internacional del Trabajo*, cuya actividad tendría a la postre por resultado la redacción del consabido artículo 427 del histórico Tratado²¹.

La referida Comisión trabajó originariamente en base a un proyecto que había sido preparado por la delegación norteamericana, en cuyo texto se incluía el enunciado en la versión que actualmente conocemos (*el trabajo no es una mercancía*). Sin embargo, en el curso de las discusiones aquella redacción se modificó a

19 Discurso pronunciado por Gompers en Langansport, Indiana. Grandi, M., op. cit., nota al pie 15, p. 193.

20 En el caso conocido como *Danbury Hattrer's case*, el juez Fuller había sostenido que la cláusula de la *Sherman Act*, “*in restraint of trade or commerce*” debía aplicarse a cualquier coalición o acuerdo “sin importar el carácter de las personas implicadas” y, por consiguiente, como dice Grandi, “tanto al trabajo como al capital, puestos sobre el mismo plano”, Grandi, M., op. cit., nota al pie 17, p. 193. Sin embargo, el mismo autor destaca que incluso luego de la *Clayton Act* los jueces norteamericanos continuaron aplicando las disposiciones *antitrust* en contra de los sindicatos de trabajadores, hasta que entró en vigencia la *Norris-La Guardia Act*, en 1932 (Grandi, M., op. cit., nota al pie 14, p. 192).

21 Valticos, Nicolas, *Droit International du travail*, in G.H. Camerlynck, *Droit du Travail*, T. 8, Paris, 1970, p. 48 y ss.

propuesta de la delegación inglesa, para introducir el adverbio *simplemente*²² (*el trabajo no es simplemente una mercancía*), lo que, para irritación de Gompers²³ disminuyó significativamente el énfasis del enunciado, que -como se dijo más arriba- adoptó su versión actual recién en 1944, con la Declaración de Filadelfia.

IV. Significación y actualidad del enunciado

Más allá de los antecedentes históricos que explican su presencia en el texto del Tratado de Versalles, la significación emblemática de la idea consagrada en la Constitución de la OIT ha sido una guía para el desarrollo de nuestra disciplina desde entonces y conserva su vigencia en nuestros días, cuando ha sido ratificado en la reciente Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 108ª reunión, celebrada en junio de 2019.

A través de esta consigna se expresa un pronunciamiento ético, verdaderamente definidor de nuestra cultura contemporánea, y un rasgo fundamental para comprender, tanto la evolución de la teoría general del derecho, como particularmente, el surgimiento y desarrollo del Derecho del Trabajo en el último siglo y medio²⁴.

Como enseñaba Grandi, se trata de una declaración que “...encierra, con una afirmación categórica, un principio reconstructivo, cuyo significado ético-jurídico no deber ser mal entendido. Este no significa, en efecto, negación del mercado, sino negación solamente de la naturaleza mercantil del trabajo; si el trabajo no es una mercancía, el mercado de trabajo es, sin embargo, una realidad”²⁵.

El enunciado no debe ser entendido, por lo tanto, como una explicación de lo que acontece en la realidad de la vida. Es, antes bien, una afirmación de índole ético-jurídico, que marca una pauta ineludible con relación a la manera en que *debe ser* concebida la regulación del trabajo. La toma de conciencia respecto de la

22 En inglés, *merely* y, en la versión francesa, *simplement*. Grandi, M., op. cit., p. 194.

23 Grandi, M., op. cit., p. 194.

24 Supiot, A., *El espíritu de Filadelfia, La justicia social frente al mercado total*, Ed. Península, Barcelona, 2011, p. 25; Lee, Eddy, “La Déclaration de Philadelphie: retrospective et perspective”, in VV.AA., *La Mondialisation, origines, développements et effects*, sous la direction de James D. Thwaites, Les presses de l’Université Laval, Québec, 2004, p. 35 y ss.

25 Grandi, M., op. cit., p. 192.

necesidad de sustraer la consideración jurídica del trabajo humano, de las reglas mercantiles, supone un avance que ennoblece el sentido evolutivo del Derecho.

Esta fundamental declaración principista, se corporiza y reproduce en otros dos valores singularmente trascendentes, que a su vez presentan un enorme potencial multiplicador.

Por una parte, el que impone la premisa de que el trabajo, como objeto ajeno a las variables mercantiles, resulta merecedor de *protección jurídica privilegiada*.

En segundo lugar, el valor que supone adjudicar a la *justicia social*, el rol de oficiar como criterio rector básico de todo desarrollo jurídico-normativo vinculado con el trabajo, y a cuya consecución debe estar dirigida toda la estructura científica de la disciplina que lo regule.

De modo que, la materialidad fundamental del orden público social, queda representada a través de un tríptico conformado por los siguientes tres valores básicos:

- El trabajo no es una mercancía
- El trabajo es objeto de tutela jurídica especial
- La consecución de la justicia social es el criterio rector del disciplinamiento jurídico del trabajo

A partir de estos tres valores fundamentales, ha germinado el reconocimiento y la tutela de una serie de derechos humanos específicamente vinculados con el trabajo, cuya trascendencia los ha llevado a quedar plasmados en textos jurídicos internacionales de tal nivel, que bien pueden conceptualizarse como una verdadera reserva de valores ético-jurídicos de nuestra época.

LA DECLARACIÓN DEL CENTENARIO DE LA OIT PARA EL FUTURO DEL TRABAJO: UNA LECTURA DESCRIPTIVA*

MIGUEL F. CANESA MONTEJO**

SUMILLA: El presente artículo desarrolla aspectos centrales de la Declaración del Centenario de la OIT y pasa revista a sus secciones, remitiéndose a los antecedentes y desafíos que tiene la plasmación del trabajo decente con relación al mundo del trabajo, desde una visión internacional***

SUMARIO: **I.** Las Memorias del Director General: construyendo el escenario de la Declaración del Centenario. **II.** El informe de la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo. **III.** La Declaración del Centenario para el futuro del trabajo

59

En este año que celebramos un siglo de vida institucional de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el organismo internacional tripartito aprobó en su Conferencia de junio la Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo, con la finalidad de actualizar su mandato institucional para encarar el nuevo siglo de vida.

En su texto se pone el énfasis a las grandes transformaciones que se vienen produciendo en el mundo del trabajo y la manera cómo afecta a las personas y las

* Este ensayo forma parte de una sección del libro *Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*, que será publicado en su tercera edición por la Universidad Externado de Colombia.

** Abogado y sociólogo por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid.

*** Reseña efectuada por los editores de *Laborem 21*.

empresas, de modo que la Declaración sea la respuesta para encarar estos nuevos retos y marque las pautas para la labor institucional de la OIT en este contexto.

La Declaración del Centenario de la OIT se inserta en la tradición institucional de recurrir a un instrumento internacional solemne aprobado por los mandantes del organismo -los representantes de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores- dentro de un proceso arduo de elaboración y de consenso para su aprobación. En ese escenario, el presente trabajo tiene un doble objetivo. Por un lado, mostrar el proceso de elaboración de la Declaración que se inicia en el 2013 con la publicación de la Memoria del Director General y concluye con su aprobación por la Conferencia. Por otro lado, describir el contenido de la Declaración en vínculo con los documentos institucionales elaborados previamente, especialmente el informe de la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo. Para cumplir estos objetivos, se le ha dividido en tres secciones. La primera primero se centra en las tres memorias del Director General donde se va construyendo el escenario para la aprobación de una nueva Declaración, con la finalidad de proporcionar información estadística y jurídica sobre las transformaciones en el mundo del trabajo y plantear los temas que debería abordarlo. La segunda reseña los consensos logrados por la Comisión Mundial en su informe, marcando la guía de una Declaración que debe ser discutida en la Conferencia. La tercera describe el contenido de la propia Declaración, en vínculo a lo descrito en las dos secciones previas, buscando resaltar no solo los compromisos que se desprenden del instrumento internacional -aunque no sea vinculante- sino también subrayar los consensos alcanzados sobre las materias, consensos que, en el caso peruano, deberían materializarse en una política laboral acordada entre el gobierno y los representantes de los empleadores y de los trabajadores.

60

I. Las Memorias del Director General: construyendo el escenario de la Declaración del Centenario

La Memoria del Director General (Guy Ryder) de 2013 *Ante el centenario de la OIT: realidades, renovación y compromiso tripartito* es el punto de partida institucional para la elaboración de la Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo (en adelante, la Declaración del Centenario).

El Director General plantea siete iniciativas: 1) Gobernanza: completar las reformas institucionales de las estructuras de gobernanza del organismo internacional; 2) Normas internacionales del trabajo: consolidar el consenso tripartito

sobre el sistema de control de las normas y aumentar la pertinencia de las normas; 3) Empleo verde: llevar a la práctica la dimensión del trabajo decente en la transición hacia baja emisiones de carbono y sostenible; 4) Empresas sostenibles: implementar una plataforma de colaboración entre la OIT y las empresas para contribuir a sus sostenibilidad y el respeto del trabajo decente; 5) Pobreza: atender a la necesidad urgente de contar con salarios mínimos vitales adecuados para los trabajadores; 6) Mujeres: llevar a la práctica acciones concretas para la igualdad de oportunidades y de trato; 7) Futuro del trabajo: establecer un grupo consultivo sobre el futuro del trabajo para la elaboración de un informe que sea sometido a la discusión de la Conferencia de 2019 (OIT 2013a: párrafo 155). La última iniciativa buscaba reproducir el exitoso proceso logrado por la Comisión Mundial y la Declaración sobre la justicia social de 2008, con un grupo consultivo internacional conformado por expertos que abordasen los retos del futuro del trabajo y, de este modo, justificasen la elaboración de un instrumento internacional en el contexto del centenario del organismo internacional.

Las profundas transformaciones en el mundo del trabajo retratadas en la Declaración sobre la justicia social, le plantean a la OIT la exigencia en adecuarse a estos cambios, tanto en términos organizacionales como en su política normativa. Muestra de ese esfuerzo institucional, el Director General reconoce que la OIT ha iniciado “un importante proceso de cambio y de reforma con el objetivo de prepararse para responder mejor a las necesidades y expectativas de los mandantes” (OIT 2013a: párrafo 2), donde la meta es el centenario de 2019.

La Memoria introduce como primer componente a considerar el impacto del cambio climático, bajo dos de sus consecuencias sociales más importantes. En primer lugar, los países van a tener que abandonar una economía sustentada en el carbono, por lo que importantes sectores productivos van a mudar o desaparecer afectando al empleo. En segundo lugar, las migraciones internas y externas causadas por factores medioambientales, -y también agregaría las causadas por conflictos políticos y por la pobreza-. Para responder al cambio climático se debe emprender una transición hacia empleos verdes (puestos de trabajo con bajas emisiones de carbono), con la creación de empresas y empleos sostenibles, donde la transformación del sistema de producción mundial signifique no sólo sustituir ciertas tecnologías sino abandonarlas (OIT 2013a: párrafos 22-27). La OIT se posiciona claramente por afrontar este reto por encima de lecturas instrumentales de la economía donde la decisión está sujeta a los costos.

El segundo componente es la rápida automatización del mundo del trabajo que se evidencia con la aplicación de las tecnologías de la información y la comu-

nicación que incrementa la producción y la productividad, pero con una modesta creación de empleo. Esto también explica el predominio del sector financiero en la economía. Por ejemplo, el valor medio de transacciones en los mercados de divisas tiene una cifra superior en 100 veces al valor medio diario del comercio de mercancías (OIT 2013a: párrafos 30-31). A la vez se produce la paradoja de un alto desempleo y la falta de trabajadores con competencias adecuadas en puestos de trabajos libres (OIT 2013a: párrafo 33). Esto plantea el reto de que los trabajadores (y las personas, en general) deben tener el acceso a una formación profesional permanente que les permita desplazarse desde los puestos de trabajo que desaparecen hacia empleos que va creando la nueva economía del conocimiento.

El tercer componente es la creciente desigualdad en el mundo del trabajo. Muestra de ello es la reducción de la participación de los salarios dentro del producto interno bruto de los países, o que existe un significativo número de trabajadores que teniendo un salario su ingreso es tan reducido que se ubican en la pobreza, o la brecha permanente de los salarios entre hombres y mujeres que realizan la misma o similar labor. Esto se ve coronado por una concentración extrema de la riqueza con ingresos muy altos entre pocas personas e ingresos muy bajos para la gran mayoría (OIT 2013a: párrafos 43-51). Si bien se han producido avances del trabajo decente a nivel mundial, la tarea sigue siendo hercúlea para lograr su materialización en el mundo del trabajo.

62

El cuarto componente es el predominio de un sistema de producción mundial gobernado por las EMN, ya sea por redes empresariales o por cadenas de suministro. En este contexto las normas internacionales del trabajo enfrentan una dificultad porque están diseñadas para establecer obligaciones a los Estados Miembros, aunque esto no exonera a que los Estados aseguren su cumplimiento en el espacio nacional de dichas redes o cadenas, pero se requiere promover el trabajo decente en este espacio y vincular a las EMN en dicho compromiso (OIT 2013a: párrafo 75).

Justamente estas reflexiones le llevan al Director General por interrogarse sobre el sentido del trabajo decente en este contexto. En principio, pone en tela de juicio la vetusta y errónea visión del empleo tradicional:

[El] estereotipo clásico de un empleo permanente a tiempo completo, con horarios de trabajo fijo y un plan de jubilación basado en prestaciones definidas a las que tiene derecho al completar una carrera profesional segura y en gran medida predecible con un mismo empleador, por más deseable que pueda parecer, es ahora una realidad cada vez menos frecuente. Nunca fue en todo caso una rea-

lidad para la mayoría de los trabajadores, que lo más probable es que se hayan desempeñado en entornos rurales e informales, a menudo con un nivel mínimo de protección o seguridad (OIT 2013a: párrafo 70).

Lo cierto es que el empleo atípico es el predominante en el mundo, pero esto no impide exigir el respeto del trabajo decente bajo estas condiciones. En otras palabras, la Memoria nos plantea que el paradigma del trabajador a tiempo completo que labora para un solo empleador en toda su vida laboral siempre fue el minoritario a nivel mundial, y que resulta aún más difícil que sea el predominante en el actual escenario de la globalización de la economía. Sin embargo, esto no significa renunciar a la plasmación del trabajo decente, sino más bien exigir su cumplimiento en el empleo atípico.

De este modo, la celebración del Centenario de la OIT se plantea como el esfuerzo por actualizarse con el permanente objetivo de lograr la justicia social, conforme al mandato constitucional.

Con la Memoria del 2015 *La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo*, el Director General retoma su reflexión sobre la celebración del organismo internacional, señalando que la ambición del centenario es trascender lo ceremonial y emprender una labor en pro de la justicia social en el inicio del segundo siglo institucional (OIT 2015: p. iii). Para ello plantea la elaboración de una nueva Declaración que debe estar en sintonía con la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia -los instrumentos constitucionales del organismo internacional- (OIT 2015: párrafo 11). Lo que llama la atención es que no se refiera ni a la Declaración de 1998 ni a la Declaración sobre la justicia social

También la Memoria se enfoca a contribuir a la discusión sobre el futuro del trabajo, ya sea mencionando nuevos temas o profundizando los planteados dos años antes. Entre los primeros destacan las estadísticas laborales que retratan la gravedad de las violaciones a nivel mundial. Por ejemplo, se señala que anualmente fallecen 2,3 millones de personas por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, representando un costo social del 4% del producto mundial; o que más de la mitad de los trabajadores en el mundo laboran en países que no han ratificado el Convenio 87 sobre libertad sindical; o que hay 168 millones de niños trabajando en el mundo; o 21 millones de personas son víctimas del trabajo forzoso (OIT 2015: párrafos 31-32).

También se resalta la importancia social del trabajo entre las personas. El trabajo permite satisfacer las necesidades básicas, o el acceso al empleo es determi-

nante para el desarrollo personal y la inclusión social de las personas (OIT 2015: párrafos 37-43). No se trata de cifras frías sobre el empleo y el desempleo, detrás de cada número hay una persona y su vida, por ello el empleo es un tema esencial para la sociedad.

Otro importante aporte de la Memoria es volver a subrayar la centralidad de la gobernanza internacional del mundo del trabajo, previamente analizada por la Comisión Mundial una década atrás. Aquí sobresalen los tres razonamientos sobre los que se apoya la gobernanza. En primer lugar, la necesidad de establecer la igualdad de condiciones para todos los Estados Miembros con la adopción de normas comunes. En segundo lugar, el objetivo compartido del respeto universal de los principios y los derechos fundamentales en el trabajo. En tercer lugar, las normas internacionales del trabajo deben proporcionar un marco de referencia a los Estados Miembros que concilie el progreso económico y la justicia social (OIT 2015: párrafo 77).

La Memoria regresa a la reflexión sobre el nuevo perfil del empleo. El Director General pone el énfasis en el debate sobre qué forma de trabajo va a prevalecer, atisba el predominio del empleo flexible, a corto plazo y efímero, con un aumento de la movilidad espacial y funcional de los trabajadores, donde paralelamente las unidades productivas se reducen y dispersan, desconectándose de la comunidad (OIT 2015: párrafo 45). Paralelamente resalta la tendencia del aumento del empleo verde -ya mencionado- y del empleo de la economía de cuidado, respectivamente (OIT 2015: párrafo 55).

Respecto a la automatización en el trabajo, vuelve a recalcar que no es posible resistirse a la innovación tecnológica, lo que se trata más bien es aprender a manejar el cambio y garantizar que sus beneficios se distribuyan equitativamente. Para ello, hay que invertir en la capacitación en competencias que demanda la economía del conocimiento y mejorar la interconexión entre el sistema educativo y los requerimientos de las empresas (OIT 2015: párrafos 58-59). No obstante, en mi opinión, debemos evitar que la educación se subordine al trabajo, porque esto puede conducir a que materias educativas no relevantes para el perfil predominante de empleo sean dejadas de lado o, aún peor, suprimidas. La educación es mucho más que enseñar habilidades laborales, se trata también de cultivar valores ciudadanos y propalar conocimientos para la construcción de la personalidad.

La reflexión concluye con un llamado a que la iniciativa del centenario sobre el futuro del trabajo debe estar vinculada al futuro de la justicia social, el objetivo principal del organismo internacional establecido por la Constitución de la OIT (OIT 2015: párrafo 87).

Para que el proceso del centenario tenga éxito, reitera la propuesta en nombrar una comisión de alto nivel sobre el futuro del trabajo encargada en examinar los resultados de los debates propiciados entre los mandantes de la OIT sobre el futuro del trabajo. El producto de la comisión debe ser un informe que se presente a la Conferencia en su 108.^a reunión en 2019 (OIT 2015: párrafo 15).

II. El informe de la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo

La Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo se constituye por invitación del Director General en octubre de 2017, presidida por dos jefes de gobierno y conformada, al igual que la Comisión Mundial de 2008, por académicos, políticos, líderes empresariales y sindicales, representantes de ONG y de la sociedad civil.

En marzo de 2019 publican su informe *Trabajar para un futuro más prometedor* que está dividido en tres partes. El informe tiene por objetivo plasmar “la urgencia de las transformaciones que afronta el mundo del trabajo y las ideas sobre cómo encauzar y aprovechar mejor estas transformaciones” (OIT 2019: p. 6). El informe es extenso y está dividido en tres partes.

La primera parte *Aprovechar el momento* presenta de manera resumida el mundo del trabajo contemporáneo, poniendo énfasis en las transformaciones que siguen produciéndose, de modo que da continuidad a *Por una globalización justa: crear oportunidad para todos*. El informe parte su análisis desde las diversas materias que abordó el Director General en las dos Memorias descritas previamente sobre el centenario de la OIT.

En primer lugar, reafirma la centralidad social que goza el trabajo tanto para satisfacer las necesidades materiales, evitar la pobreza y construir una vida digna, así como contribuir a la construcción de la identidad, la pertenencia y la finalidad de la vida (OIT 2019: p. 18). Refuerza la idea sobre el rol sustancial que cumple contar con un puesto de trabajo para las personas y esto no se reduce a un mero medio para obtener un ingreso, sino más bien define socialmente a la persona. Así, la compensación material por la falta de empleo resulta insuficiente en términos sociales, aunque pueda permitir la satisfacción de las necesidades básicas.

En segundo lugar, el impacto de las nuevas tecnologías en el trabajo (la inteligencia artificial, la automatización y la robotización) reduce el empleo tradicional y genera nuevos tipos de empleo simultáneamente (OIT 2019: p. 18). El desafío

consiste en gestionar ese impacto de modo que sus negativas consecuencias sean mitigadas por medio de políticas educativas y de formación profesional que capaciten a las personas desempleadas o que pierden sus empleos en el manejo de las nuevas tecnologías, así se produce un período de transición donde los trabajadores recuperan sus capacidades laborales que demanda la producción. Lo que luego el Informe plantea como el derecho a un aprendizaje permanente.

En tercer lugar, la reducción de los salarios dentro de la riqueza mundial, a pesar que la productividad ha crecido de manera sostenible, de modo que crece la brecha entre los ricos y el resto de la población. A esto se agrega la desigualdad salarial que sufren las mujeres (20% inferior a la remuneración de los hombres) y la desigualdad entre los países, donde millones de trabajadores siguen privados de derechos fundamentales (OIT 2019: p. 21).

En cuarto lugar, actualiza las estadísticas laborales mostrando la gravedad de algunos indicadores. Los fallecimientos anuales de los trabajadores crecen a los 2,78 millones causados por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, hay 190 millones desempleados, 2 mil millones de trabajadores que laboran en la economía informal, y 300 millones que son extremadamente pobres al tener un ingreso inferior a los 2 dólares diarios. Hay 40,3 millones de trabajadores que son víctimas de la esclavitud moderna y casi una cuarta parte de ellos son menores de edad.

66

Para superar estos retos la Comisión Mundial para el futuro del trabajo afirma que:

La Constitución de la OIT sigue siendo el contrato social universal más ambicioso de la historia. En este marco, disponemos hoy día de una gran variedad de acuerdo entre países y regiones, independientemente de su nivel de desarrollo, que definen las relaciones entre el gobierno y los ciudadanos, los trabajadores y las empresas y los diferentes grupos de población. Adaptados a condiciones concretas, estos contratos sociales reflejan el consenso común de que, a cambio de la contribución de los trabajadores al crecimiento y la prosperidad, se les garantiza una participación equitativa en ese progreso, se respetan sus derechos y se les protege contra algunos de los aspectos más espinosos de la economía del mercado (OIT 2019: p. 23).

Bajo este marco constitucional la Comisión plantea un programa centrado en las personas para el futuro del trabajo en base a tres ejes: 1) invertir en las capacidades de las personas; 2) invertir en las instituciones del trabajo; 3) invertir en el

trabajo decente y sostenible. Estos tres ejes son desarrollados de manera pormenorizada en la siguiente parte del informe.

La segunda parte *El cumplimiento del contrato social: un programa centrado en las personas* es el centro del informe y se divide en función a los tres ejes de su propuesta.

La primera sección sobre *Aumentar la inversión en las capacidades de las personas* esboza la oportunidad de la plena realización personal y materializar una vida de acuerdo a los valores sociales. Este enfoque tiene cuatro elementos básicos: a) un derecho universal al aprendizaje permanente; b) el apoyo a las personas en las transiciones; c) la agenda transformadora por la igualdad de género; y, d) el fortalecimiento de la protección social (OIT 2019: p. 30).

El derecho universal al aprendizaje permanente debe permitir aprovechar las nuevas tecnologías y las nuevas actividades laborales, donde su contenido:

engloba el aprendizaje formal e informal desde la primera infancia y la educación básica, así como todo el aprendizaje adulto, y combina competencias básicas, sociales y cognitivas (como el aprendizaje para aprender), al igual que las competencias necesarias para trabajos, ocupaciones o sectores específicos. El aprendizaje permanente no abarca solamente las competencias necesarias para trabajar, sino que también comprende el desarrollo de las aptitudes necesarias para participar en una sociedad democrática. Ofrece a los jóvenes y los desempleados una vía de inclusión en los mercados laborales. También tiene el potencial transformador la inversión en el aprendizaje a una edad temprana facilita el aprendizaje en etapas posteriores de la vida y, a su vez, está vinculado con la movilidad social intergeneracional, lo que amplía las opciones de las generaciones futuras (OIT 2019: p. 30-31).

Para lograr materializar este derecho se requiere ampliar y reconfigurar determinadas instituciones, como las políticas de desarrollo de competencias, los servicios de empleo y los sistemas de formación, de modo que puedan responder a las transformaciones que se producen en el mundo del trabajo. Corresponde a los gobiernos diseñar e implementar estas políticas.

El apoyo a las personas en las transiciones debe ser a lo largo de la vida laboral, pero debe conceder especial atención a los jóvenes y a los trabajadores de edad avanzada. En el caso de los jóvenes se recomienda a los gobiernos que multiplique sus oportunidades de trabajo decente por medio de programas de empleo y programas de apoyo a los emprendedores, así como asegurar el pago de sus salarios

y el aprendizaje profesional en el sector privado. En el caso de los trabajadores de edad avanzada se recomienda a los gobiernos ofrecer la oportunidad de continuar su vida laboral en términos más flexibles (horas de trabajo más reducidas, teletrabajo, etc.) o supuestos de jubilación parcial, o subir la edad de jubilación con carácter facultativo (OIT 2019: p. 33).

La agenda transformadora para lograr la igualdad de género se enfoca en adoptar medidas para garantizar la igualdad de oportunidades y la igualdad de género en los puestos del trabajo del mañana facilitado por las nuevas tecnologías, acompañado en la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (OIT 2019: p. 36).

El fortalecimiento de la protección social tiene por premisa su reconocimiento como un derecho humano y sustenta la gestión de las transiciones laborales reseñadas en párrafos previos. La Comisión subraya que la mitad de la población mundial no está protegida y una considerable parte solo está cubierta parcialmente. Por ello, el sistema debe estar basado en los principios de solidaridad y del reparto de los riesgos. Este posicionamiento de la Comisión es una crítica al modelo neoliberal de la seguridad social que lo reduce a un interés individual. Les recomienda a los gobiernos garantizar la protección social desde el nacimiento hasta la vejez, por medio de un piso de protección social “que ofrezca un nivel básico de protección a todas aquellas personas que la necesiten, complementado con regímenes de seguro social contributivo que proporcionen niveles más altos de protección. El ahorro personal solo debe ser una opción voluntaria que complemente prestaciones estables, equitativas y adecuadas del seguro social obligatorio” (OIT 2019: p. 37). Además, solicita integrar a los trabajadores de la economía informal y los trabajadores que alternan la condición de asalariado y de independiente, en la cobertura del sistema de protección social.

La segunda sección sobre *Aumentar la inversión en las instituciones del trabajo* busca cumplir el propósito en compensar la asimetría inherente de la relación laboral entre el capital y el trabajo, garantizando que sean justas y equilibradas. Este enfoque tiene cuatro pilares: a) establecer una garantía laboral universal; b) ampliar la soberanía sobre el tiempo; c) revitalizar la representación colectiva; y, d) usar la tecnología para el trabajo decente.

La garantía laboral universal comprende los derechos fundamentales en el trabajo y un conjunto de condiciones de trabajo básicas (un salario mínimo vital adecuado, la limitación de las horas de trabajo y la seguridad y salud en el trabajo). Su contenido coincide con la categoría jurídica de los derechos laborales reconoci-

dos internacionalmente promovidos por Estados Unidos en sus acuerdos de libre comercio. La Comisión recomienda que la garantía laboral universal sea el piso mínimo de la regulación laboral internacional, justificándolo en que estos derechos componen una unidad por su interconexión que los refuerza mutuamente. Asimismo, la Comisión propone a la comunidad internacional -en realidad debe ir dirigida a los Estados Miembros de la OIT-, a que sea reconocido el derecho a la seguridad y salud en el trabajo como un principio y un derecho fundamental en el trabajo (OIT 2019: p. 40), es decir, incorporarlo a la Declaración de la OIT de 1998.

La ampliación de la soberanía sobre el tiempo consiste en tomar medidas que faciliten una autonomía del tiempo de trabajo que satisfaga simultáneamente las necesidades de los trabajadores y de las empresas. En la actualidad las tecnologías de la información y de la comunicación permiten que las labores se puedan cumplir en cualquier lugar y momento, por lo que desaparece la línea temporal de separación entre la vida laboral y la vida privada, con lo que las horas de trabajo pueden ampliarse. Por ello se recomienda a los gobiernos establecer un derecho a la desconexión digital que ponga un límite máximo a las horas de trabajo y propiciar el diálogo social para alcanzar acuerdos sobre la ordenación del tiempo de trabajo (OIT 2019: p. 41-42).

La revitalización de la representación colectiva significa adoptar políticas que lo promuevan dado el carácter de bien público que goza el diálogo social fundamentado en la esencia misma de la democracia. El diálogo social ha mostrado ser el mejor mecanismo para alcanzar acuerdos con respaldo social que definen las políticas en el mundo del trabajo, pero tiene como condición que la representación de los interlocutores sociales sea robusta para trasladar solidez al acuerdo. El debilitamiento de las organizaciones sindicales y de la negociación colectiva es una de las causas que explica el incremento de la desigualdad, paralelo a la concentración del poder económico en la gran empresa, poco interesada en los gremios empresariales dada la influencia directa que ejerce sobre las decisiones estatales (OIT 2019: p. 42-43). El fortalecimiento de los interlocutores sociales se vuelve en una circunstancia indispensable para que el diálogo social recupere su centralidad, esto pasa por la integración de los trabajadores de la economía informal dentro de los sindicatos y de las microempresas y pequeñas empresas dentro de los gremios empresariales, de modo que sus intereses queden incorporados (OIT 2019: p. 43). Tengamos presente la importancia que tiene el número de trabajadores y el número de unidades productivas en la economía informal dentro de la mayoría de los países, por lo que su ausencia en el diálogo social es una significativa merma.

La tecnología para el trabajo decente plantea su utilización como aporte para su materialización bajo el control humano. En general lo que se resalta es el impacto negativo que causa la tecnología sobre el empleo, ocultando sus aspectos positivos como la liberalización de labores arduas, sucias, monótonas, peligrosas o la reducción del estrés laboral o los accidentes de trabajo. Por ello, “la realización del potencial de la tecnología en el futuro del trabajo depende de decisiones fundamentales en relación con la concepción del trabajo, que podrían implicar debates en profundidad entre trabajadores y directivos para el «diseño» de los puestos de trabajo” (OIT 2019: p. 45). También recomienda la Comisión que las decisiones finales que afectan al trabajo sean tomadas por los seres humanos y no por algoritmos, porque éstos pueden afectar la dignidad de las personas, por ejemplo, mediante sensores, dispositivos corporales y otras formas de control que buscan vigilar a los trabajadores en la producción. En esa misma línea, la Comisión pone el énfasis en constituir un sistema de gobernanza internacional sobre las plataformas digitales de trabajo dispersos por distintas jurisdicciones nacionales buscando proteger los derechos laborales mínimos. En los mismos términos plantea la reglamentación del uso de los datos relativos a los trabajadores que pone en riesgo su intimidad y la responsabilidad sobre el uso de algoritmos en el mundo del trabajo. Esto los lleva a recomendar a los gobiernos y a los interlocutores sociales que hagan un seguimiento del impacto de las nuevas tecnologías en el trabajo, orienten su desarrollo al respeto de la dignidad de los trabajadores y evalúen adoptar una normativa que lo regule (OIT 2019: p. 46-47).

La tercera sección sobre *Incrementar la inversión en el trabajo decente y sostenible* enfoca el programa en priorizar inversiones sostenibles a largo plazo bajo el marco de las transformaciones del mundo del trabajo (las nuevas tecnologías, el cambio climático, etc.), de modo que favorezcan el desarrollo humano y la protección del medio ambiente. Lo plantea bajo dos elementos esenciales: a) transformar las economías para promover el trabajo decente y sostenible; y, b) reorientar los incentivos hacia un modelo empresarial y económico centrado en las personas.

La transformación de las economías para promover el trabajo decente y sostenible se dirige a que se adopten políticas que promuevan las inversiones en actividades productivas promovidas por las transformaciones en el mundo del trabajo. El informe coincide con la apreciación del Director General sobre la importancia que adquiere el empleo de la economía del cuidado y de la economía verde. Por un lado, conforme a la dirección que viene tomando el mundo del trabajo, se proyecta que para el 2030 se podría generar más de 475 millones de empleos desde la economía del cuidado, explicado por el rápido envejecimiento de la población en

muchos países. La Comisión recomienda a los países aprovechar la oportunidad con inversiones públicas en servicios de cuidado de calidad, implementar políticas de respeto al trabajo decente para los cuidadores, el apoyo a los cuidadores no remunerados que regresen al trabajo asalariado y la revalorización y formalización de trabajos de cuidado remunerados (OIT 2019: p. 49-50). Por otro lado, el esfuerzo internacional por mitigar el cambio climático conduce a que los países se esfuercen en una transición desde la economía del carbono hacia una economía verde, lo que va a suponer la desaparición de empresas y la pérdida de puestos de trabajo, pero mitigadas con políticas diseñadas cuidadosamente para trasladarlos a la economía verde. De este modo, existen grandes oportunidades de inversión e innovación en la economía verde creadoras de empleo (OIT 2019: p. 50).

La reorientación de los incentivos hacia un modelo empresarial y económico centrado en las personas va a remodelar las estructuras empresariales y los indicadores de progreso complementarios (bienestar, sostenibilidad medioambiental e igualdad). El informe llama la atención que la racionalidad dominante en el mercado presiona a las empresas por obtener beneficios a corto plazo, lo que les impide comprometerse en una planificación y una estrategia de inversión a largo plazo. Por ello es que se requieren crear incentivos basados en el mercado que contribuyan a implementar un ajuste de sus actividades en función al programa centrado en las personas (medioambiente y en las comunidades que operan). También se recomienda a los gobiernos aplicar políticas fiscales justas para financiar la inversión en trabajo decente y sustentable, así como el pago de impuestos para las empresas con modelos empresariales en la economía digital (OIT 2019: p. 52-53).

La tercera parte es *Asumir responsabilidades* que pone las luces sobre el contraste existente entre las transformaciones del mundo del trabajo y el nivel de preparación para afrontarlas. En primer lugar, revitalizar el contrato social para lograr el objetivo fundamental de la justicia social. Lamentablemente, las cifras estadísticas muestran que el mundo del trabajo está muy alejado de esta meta, por lo que es una tarea imprescindible renovar el compromiso de los gobiernos y los interlocutores sociales en que sus acciones se guíen por la justicia social. La Comisión les recomienda a los gobiernos que establezcan estrategias nacionales sobre el futuro del trabajo que incorpore las recomendaciones de este informe. En segundo lugar, la OIT debe asumir una serie de responsabilidades en este proceso de transición dentro de la fidelidad de su mandato. Por ejemplo, poner en práctica los mecanismos institucionales para involucrarse en las estrategias nacionales; promover la coordinación con las instituciones multilaterales pertinentes para la

definición y aplicación del programa centrado en las personas; evaluar las normas internacionales del trabajo para asegurar su actualidad; crear un laboratorio para la innovación en materia de tecnologías digitales que preste apoyo al trabajo decente; aumentar el alcance de sus actividades de manera que no queden excluidos grupos de la justicia social y el trabajo decente, especialmente los trabajadores de la economía informal; prestar atención a las formas emergentes de trabajo digital a través de las economías de plataformas (OIT 2019: p. 59-60). En tercer lugar, el sistema multilateral debe asumir sus responsabilidades y los retos provocados por las descritas transformaciones en el mundo del trabajo. Por lo general asistimos a una crisis del multilateralismo por su incapacidad de dar respuesta a los actuales problemas mundiales. El informe resalta que los organismos del sistema de Naciones Unidas, las instituciones financieras internacionales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, la Banca de desarrollo regional, etc.) y la OMC cuentan con las competencias para afrontar el reto. Por eso se recomienda a estas instituciones y a la OIT en establecer sus lazos y colaborar de manera más sistémica y sustantiva. Otra política por implementar en el plano de la cooperación lo encontramos en el instrumento internacional de “Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de Naciones Unidas” (adoptado en junio de 2011) que proporciona un marco global para evitar y corregir las repercusiones adversas sobre los derechos humanos asociadas a la actividad empresarial (OIT 2010: p. 60-61).

72

Concluye el informe de la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo que su objetivo ha sido identificar los desafíos fundamentales existentes y señalar una serie de recomendaciones a los Estados Miembros de la OIT, los representantes de las organizaciones de empleadores y de trabajadores, y al propio organismo internacional para afrontarlos (OIT 2019: p. 62).

III. La Declaración del Centenario para el futuro del trabajo

El Director General presenta el informe a la Conferencia de la OIT y acompaña un proyecto de Declaración elaborado por la Oficina Internacional para discutirlo. El objetivo de la nueva Declaración era contextualizar a la institución y sus tareas de acuerdo a los cambios en el mundo del trabajo, dentro de la línea institucional de la Constitución y la Declaración de Filadelfia, pero sin limitarse a ser una mera reafirmación de dichos instrumentos. La Conferencia aprueba la nueva Declaración sobre el Centenario para el futuro del trabajo (21 de junio

de 2019) con sustanciales modificaciones respecto al proyecto y está dividida en cuatro secciones.

La Declaración se abre con una serie de considerandos que establecen el marco conceptual del instrumento internacional. Señala que los éxitos del siglo de la OIT confirman que *la acción continua y concertada* de los gobiernos y de los interlocutores sociales es *esencial para alcanzar la justicia social y la democracia, así como para promover la paz universal y permanente*. El éxito del diálogo social y el tripartismo institucional *ha aportado avances económicos y sociales históricos que han dado lugar a condiciones de trabajo más humanas*. Sin embargo, el imperativo de la justicia social exige *revitalizar la Organización y configurar un futuro del trabajo que haga realidad su visión fundadora*.

La Declaración toma los aportes de la Comisión incorporándolo en diversos párrafos en su texto. La primera sección es un buen ejemplo, cuando la Conferencia declara que la transformación radical del mundo del trabajo está impulsada por una serie de factores acompañado por la desigualdad persistente que afecta a la dignidad de las personas y el medioambiente. Por lo que se requiere una acción urgente para la construcción de *un futuro del trabajo justo, inclusivo y seguro con empleo pleno, productivo y libremente elegido*. El mandato constitucional de la OIT es lograr la justicia social y desarrollar su *enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas* y en el núcleo de las políticas económicas, sociales y ambientales. El crecimiento de la OIT está en función de alcanzar la justicia social y la prosperidad en todas las regiones del mundo.

La segunda sección abre con la solicitud a la OIT que oriente en sus esfuerzos en diecisiete acciones: *asegurar una transición justa hacia el futuro del trabajo; aprovechar los beneficios del progreso tecnológico y el crecimiento de la productividad para lograr el trabajo decente, asegurar la dignidad, la realización personal y la distribución equitativa; promover la adquisición de competencias, habilidades y calificaciones para los trabajadores; formular políticas eficaces para la creación de trabajo decente, especialmente para los jóvenes; fomentar medidas de protección para los trabajadores de edad; promover los derechos de los trabajadores como elemento clave para lograr un crecimiento inclusivo y sostenible, especialmente con la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva como derechos habilitantes; lograr la igualdad de género en el trabajo; asegurar la igualdad de oportunidades y de trato en el mundo del trabajo para las personas con discapacidad; apoyar el papel del sector privado como fuente principal de crecimiento económico y creación de empleo con un entorno favorable a la iniciativa empresarial para crear trabajo decente; asegurar que las modalidades laborales y los modelos empresariales están al servicio del progreso*

social y económico y de la promoción del trabajo decente; erradicar el trabajo forzoso y el trabajo infantil; promover la transición de la economía informal a la economía formal; adoptar y ampliar sistemas de protección social; profundizar e intensificar la labor sobre la migración laboral; e intensificar el reconocimiento del trabajo decente en el sistema multilateral. Este largo listado de acciones que debe seguir implementado la OIT muestra que las labores institucionales son fundamentales para lograr la justicia social dentro de la complejidad de elementos del actual mundo del trabajo. En términos conceptuales destaca la mención sobre la libertad sindical y la negociación colectiva como derechos habilitantes, de modo que materializa la postura jurídica que defiende el corto listado de derechos fundamentales en el trabajo de la Declaración de la OIT de 1998, en tanto interpreta que con el ejercicio de estos derechos colectivos viabiliza el acceso de los restantes derechos laborales.

En esta segunda sección, también se resalta el rol del *diálogo social* -que incluye la negociación colectiva y la cooperación tripartita- como fundamento esencial de las actividades institucionales de la OIT. Asimismo, la *cooperación efectiva* contribuye a un mejor lugar de trabajo y *las condiciones de trabajo seguras y saludables son fundamentales para el trabajo decente.*

74

En este último tema, la Declaración se aleja de la propuesta original del proyecto en dos aspectos. Por un lado, el proyecto propuso solo la seguridad y salud en el trabajo para que se le reconozca como un principio y derecho fundamental en el trabajo, que debía ser añadido a la Declaración de la OIT de 1998. Por otro lado, la Declaración incorpora la categoría “las condiciones de trabajo seguras y saludables” planteado por la Comisión, entendiéndolo que lo conforman el salario mínimo adecuado, los límites máximos al tiempo de trabajo y la seguridad y salud en el trabajo. De este modo, la Conferencia se decanta por agregar esta categoría jurídica a los derechos fundamentales en el trabajo, pero no bajo la figura de una reforma directa de la Declaración de la OIT de 1998 sino por medio de un pedido al Consejo de Administración para que examine su inclusión, conforme lo señala el numeral 1 de la Resolución sobre la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, 2019. Este pedido de la Conferencia puede trastocar la fundamentación de los principios y los derechos fundamentales en el trabajo que se formula en la Declaración de la OIT de 1998.

La tercera sección se dirige a exhortar a los Estados Miembros a que desarrollen el enfoque para el futuro del trabajo en las personas mediante los tres ejes formulados en el informe de la Comisión.

En primer lugar, *el fortalecimiento de las capacidades de las personas para beneficiarse de las oportunidades de un mundo de trabajo en transición*, por medio de

lograr efectivamente *la igualdad de género en materia de oportunidades y de trato*, contar con *un sistema eficaz de aprendizaje permanente y una educación de calidad para todos*, tener *el acceso universal a una protección social completa y sostenible*, y adoptar *medidas efectivas para ayudar a las personas a afrontar las transiciones a lo largo de la vida laboral*. De este modo, el primer eje se estructura sobre la formulación de objetivos bajo una visión de oportunidades que provoca la transición en el mundo del trabajo. Esto lo aleja de una exigencia jurídica, por ejemplo, el reconocimiento de un derecho al aprendizaje permanente formulado por la Comisión.

En segundo lugar, *el fortalecimiento de las instituciones del trabajo* que ofrezca *una protección adecuada* que tenga en cuenta: *el respeto de sus derechos fundamentales, un salario mínimo, límites máximos al tiempo de trabajo y la seguridad y salud en el trabajo*. Nuevamente la Declaración del Centenario equipara los derechos fundamentales en el trabajo y las condiciones de trabajo seguras y saludables en este segundo eje. Podría interpretarse el reconocimiento de la Conferencia que solo la aplicación de los cuatros derechos fundamentales en el trabajo resulta insuficiente para asegurar la justicia social en el mundo del trabajo -crítica que se le formuló desde la misma aprobación de la Declaración de la OIT de 1998-, y más aún cuando los acuerdos de libre comercio que incluyen cláusulas sociales formula una protección en estos mismos términos.

En tercer lugar, *el fomento del crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente* por medio de la implementación de las *políticas macroeconómicas* dirigidas a estos objetivos; las *políticas comerciales, industriales y sectoriales que fomenten el trabajo decente y el aumento de la productividad; inversiones en infraestructuras y en sectores estratégicos*; la política en el sector empresarial que permita *el crecimiento económico sostenible e inclusivo, el desarrollo de empresas sostenibles, la innovación y la transición de la economía informal a la economía formal*; las políticas en la nueva economía que aseguren una *protección adecuada de la privacidad y de los datos personales*, incluyendo *el trabajo en plataformas en el mundo del trabajo*.

La última sección aborda las tareas de la OIT. En el plano normativo le plantea que ante los cambios en el mundo del trabajo las normas sean sólidas, diáfanas en su regulación y actualizadas, respondiendo a la evolución del mundo del trabajo, de modo que simultáneamente proteja a los trabajadores y tome en cuenta las necesidades de las empresas sostenibles, siempre enmarcadas bajo los procedimientos de control reconocidos y efectivos. Asimismo, la Declaración hace un llamado a los Estados Miembros a *la ratificación y aplicación de los convenios fundamentales de la OIT*, así como la ratificación de las demás normas de la OIT.

En el plano institucional le solicita a la OIT que refuerce las capacidades de los gobiernos y de los interlocutores sociales en la promoción de la libertad sindical, la participación en las políticas que afecten el mercado laboral y la promoción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo por medio del diálogo social. En el plano de la cooperación técnica se lo elabore sobre la base de un entendimiento profundo sobre las circunstancias, necesidades, prioridades y niveles de desarrollo de los Estados Miembros. En el plano administrativo, la exigencia de un alto profesionalismo del personal del organismo internacional. Finalmente, la Declaración del Centenario le hace un llamado a la OIT a que asuma un liderazgo en el sistema de Naciones Unidas en la promoción de políticas que se dirijan a cumplir el *enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas*.

La Declaración del Centenario de la OIT se inserta en la profusa labor institucional de la OIT en elaborar instrumentos internacionales que tengan un carácter vinculante -la Constitución de 1919 y la Declaración de Filadelfia de 1944- o un carácter recomendatorio - la Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 y la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008-. Con estos cinco instrumentos internacionales podemos elaborar el desarrollo institucional de la OIT en clave de derechos humanos laborales, donde la justicia social universal es el faro que ilumina su objetivo principal e irrenunciable.

76

Esta lectura de la Declaración del Centenario de la OIT no puede quedar ajena al mundo del trabajo peruano. El impacto de la Declaración del Centenario de la OIT en el Perú se vería mermada si solo se reduce a una mera lectura jurídica externa. Por el contrario, la Declaración señala las tareas normativas (una nueva regulación laboral o, por lo menos, su actualización), las labores estatales (la política laboral y el fortalecimiento institucional de los órganos públicos responsables) y los consensos exigidos a los interlocutores sociales y al gobierno sobre el futuro del trabajo.

También corresponde a la academia, en nuestro caso, la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cumplir un rol central de participación activa en la construcción de un futuro del trabajo justo en las relaciones laborales peruanas, por medio de su aporte en las distintas instancias estatales y sociales, donde la Declaración del Centenario sea un pilar para ese logro.

EL ESTADO PERUANO Y SU VÍNCULO CON LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO A CIEN AÑOS DE SU CREACIÓN

SERGIO QUIÑONES INFANTE*

TERESA TORRES**

El objeto del presente artículo es aproximarnos descriptivamente al vínculo que el Estado peruano ha mantenido con la Organización Internacional del Trabajo – OIT a lo largo de sus cien años de vida institucional. Para ello, efectuaremos un breve repaso histórico a los orígenes de la organización y a los principios y valores que la inspiraron, a la par que evaluaremos algunos hitos relevantes para el Perú en su condición de Estado miembro.

Posteriormente, abordaremos la denominada “Iniciativa Centenario” de la OIT a fin de identificar los retos y oportunidades que a partir de ella se presentan a los Estados Miembros, como es el caso peruano. Finalmente, realizaremos un análisis más detallado sobre cómo el futuro del trabajo -eje central de la “Iniciativa Centenario”- puede impactar en la política pública laboral en nuestro país.

* Magíster en Trabajo y Política Social por la Universidad Autónoma de Barcelona. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú – PUCP. Profesor en la Facultad de Derecho y en la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP. Asesor del Despacho Viceministerial de Trabajo. Colaborador externo de la OIT.

** Magister en Desarrollo Social por el Institute of Social Studies, The Hague, The Netherlands. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú – PUCP. Profesora en la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP. Funcionaria de la Oficina Andina de la Organización Internacional del Trabajo.

I. A modo de introducción¹

El trabajo estructura nuestra vida tal como la concebimos actualmente. En efecto, “*el tiempo dedicado al trabajo productivo ha sido el eje central sobre el que se ha construido la mayoría de proyectos de vida, generación tras generación*” (Quiñones, 2016:259), al menos desde la consolidación del sistema de producción capitalista tras la revolución industrial de fines del siglo XVIII.

Y aunque toda generalización admite excepciones, lo cierto es que el ciclo de vida actual y predominante se soporta esencialmente en el trabajo productivo, al punto que “*desde los orígenes de las sociedades industriales, el empleo ha sido concebido como la actividad central de la vida, determinando los horarios, las jornadas y la vida de las personas*” (Carrasco, 2009:47).

Ahora bien, no debemos perder de vista que este “trabajo”, entendido -en términos amplios- como la ejecución de una actividad productiva que resulta consustancial al ser humano y a su desarrollo, ha existido y ha sido objeto de regulación desde muchos siglos antes de que surgiera el Derecho del Trabajo a fines del XVIII.

Sin embargo, aquellas décadas finales del siglo XVIII fueron testigo de lo que Neves (2012) denomina las “*colosales transformaciones*” que se originaron como consecuencia de la revolución francesa y la revolución industrial, tanto en el plano de las ideas económicas, jurídicas y, sobre todo, políticas; como en el ámbito de la organización de la producción y del trabajo.

En esa línea, la literatura especializada² coincide tradicionalmente en afirmar que el Derecho del Trabajo surgió como resultado de la conjunción de tres factores histórico-sociales que fueron determinantes a fines del siglo XVIII e inicios del XIX: (i) el reconocimiento de la libertad de trabajo; (ii) las transformaciones sociales originadas por la revolución industrial; y, (iii) la “*cuestión social*” derivada del nuevo sistema de producción.

Asimismo, la mayoría de autores mantiene consenso respecto a que, luego de su surgimiento, el Derecho del Trabajo transcurrió por tres etapas claramente marcadas; así, por ejemplo, Boza afirma que “*la doctrina clásica ha distinguido en este proceso tres etapas claramente diferenciadas, de acuerdo con la perspectiva con la*

1 El presente apartado se basa íntegramente en un artículo publicado previamente por unos de los autores: Cfr. Quiñones, S (2016).

2 Cfr. Boza, G. (2011); Neves, J (2012); Palomeque, M y Álvarez, M (1996); Sanguineti, W (1996).

que el Estado ha afrontado la cuestión social: la primera llamada de la prohibición; luego una de tolerancia y finalmente una de reconocimiento” (Boza, 2011:9).

Luego, “*transcurridas las etapas de prohibición, tolerancia y reconocimiento (siglo XIX), el Derecho del Trabajo ingresa al siglo XX y atraviesa por un proceso de constitucionalización e internacionalización, en el que existe una alta valoración de los intereses tutelados por el Derecho Laboral y el trabajo se considera determinante para la garantía de paz y justicia social que se persigue luego de la Primera Guerra Mundial” (Quiñones, 2016:268).*

Precisamente, en el apartado siguiente nos referiremos a aquel proceso de “internacionalización” al que hemos aludido y que tiene como punto de partida el nacimiento de la OIT.

II. Repasando un poco de la historia

Antes de entrar en lo que es materia propia de este apartado, consideramos pertinente señalar que “*el proceso de “constitucionalización” de los derechos sociales de la persona -o el acceso de estas situaciones jurídicas a las normas constitucionales-, dentro de los que se encuentran fundamentalmente los derivados de las relaciones laborales, se producirá recién dentro del primer cuarto del siglo XX, de la mano de la afirmación histórica de la categoría de Estado Social de Derecho” (Quiñones, 2007:31).*

De este modo, por primera vez en la historia, la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 contiene normas jurídicas sobre salario, jornada de trabajo, libertad sindical y derecho de huelga. Será, sin embargo, la Constitución alemana de Weimar de 1919 la que proporcione el modelo constitucional social para los textos europeos y americanos de la posguerra (Quiñones, 2007).

Ahora bien, como señalamos previamente, el fenómeno de “constitucionalización” de los derechos laborales del individuo es un proceso que se desarrolla de la mano de otro de igual importancia: su “internacionalización” tras la Primera Guerra Mundial.

En efecto, desde su creación, dispuesta en el capítulo XIII del Tratado de Paz de Versalles de 1919, la OIT tiene como fundamento el principio de que la paz universal y permanente solo puede basarse en la justicia social.

En ese sentido, desde su fundación, y sobre la base de su estructura tripartita, la OIT ha erigido un sistema de normas internacionales en todas las materias rela-

cionadas con el trabajo, orientadas a la consecución de la justicia social, de modo tal que en sus cien años de existencia se han internacionalizado las principales normas socio laborales en temas como jornada de trabajo, protección de la maternidad, seguridad y salud ocupacional, abolición del trabajo forzoso y prevención del trabajo infantil, entre otros instrumentos destinados a promover mejores condiciones laborales a nivel global (Quiñones, 2016).

Una de las funciones más antiguas e importantes de la OIT consiste en establecer un sistema de normas internacionales del trabajo, las cuales podrán adoptar la forma de convenios o recomendaciones. Estos instrumentos normativos son adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo, e imponen a los Estados Miembros una serie de obligaciones a fin de garantizar su efectiva vigencia. La OIT ha sido, pues, la fuente por excelencia de las principales conquistas sociales y laborales que caracterizan a la sociedad industrial del siglo XX y postindustrial del siglo XXI (Quiñones, 2007).

Cabe precisar que el rol imprescindible que ha jugado la OIT en el proceso de internacionalización de los derechos laborales se vio complementado durante todo el siglo XX con el reconocimiento de estos en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto los de alcance universal (vr.gr.: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966) como los de alcance regional (vr.gr.: la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988).

En ese sentido se pronuncia también Blancas (2002) al afirmar que el proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo es acompañado por un coetáneo proceso de internacionalización, en la medida en que los más importantes instrumentos internacionales de derechos humanos lo acogen en sus textos.

En la línea con lo expuesto, constituye un hito destacado la “Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento”, que en junio de 1998 reafirmó el compromiso de los Estados Miembros de la OIT de respetar los principios relativos a cuatro categorías de derechos fundamentales en el trabajo, y de promover y materializar su aplicación universal: (i) la libertad de asociación y la libertad sindical, y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; (ii) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; (iii) la abolición efectiva del trabajo infantil; y (iv) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

De este modo, y a partir de mediados de 1998, la OIT ha declarado que la libertad de trabajo, la libertad sindical, la abolición del trabajo infantil y la igualdad de oportunidades en el empleo constituyen pilares básicos para el logro de un trabajo decente para todas las personas, piedra angular de la actual misión de los Estados, empleadores y trabajadores, agrupados bajo la OIT.

Otro de los hitos recientes y, en nuestra opinión, más importantes en este devenir ha sido la consolidación y extensión del concepto de “trabajo decente” mediante la adopción de la “Declaración de la Organización Internacional del Trabajo sobre la justicia social para una globalización equitativa”, adoptada el 10 de junio de 2008.

Ciertamente, a partir de la Declaración en cuestión, *“los gobiernos, las organizaciones de empleadores y las de trabajadores reconocen que el “trabajo decente” constituye un elemento central de las políticas económicas y sociales, y que debe basarse en cuatro objetivos estratégicos: (i) generar empleos en un entorno institucional y económico sostenible; (ii) respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo; (iii) adoptar y ampliar medidas de seguridad social y protección de los trabajadores, que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales; y, (iv) fortalecer el diálogo social y el tripartismo”* (Quiñones, 2016:267).

Precisamente, como señala la propia OIT: *“la categoría <trabajo decente> obliga a considerar los principales aspectos del trabajo y de las relaciones laborales. Es imposible separar un aspecto, como la generación de empleo o la defensa de los derechos laborales, de los otros aspectos. El conjunto de características que implica esta noción abarca simultáneamente el cumplimiento y aplicación de las normas, la promoción del empleo, la extensión de la protección social y el impulso del diálogo social”* (OIT, 2003:9).

Bajo esta lógica de conseguir que la justicia social sea el objetivo primordial para todos los mandantes de la organización, otro hito que consideramos igual de relevante, pero bastante más reciente, ha sido el lanzamiento de la “Iniciativa del Centenario relativa al Futuro del Trabajo”, la cual abordaremos en el apartado siguiente.

Dicho esto, toca referirnos brevemente a algunos de los hitos más relevantes para el Perú en su condición de Estado miembro de la OIT.

El Estado peruano es miembro de la OIT desde el 28 de junio de 1919. A la fecha ha ratificado 76³ de un total de 189 convenios internacionales de trabajo.

3 https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102805

De ellos, ha ratificado los 8 convenios fundamentales, 3 de los 4 convenios de gobernanza y 65 de los 177 convenios técnicos.

El primer convenio internacional del trabajo que ratificó el Perú fue el Convenio núm. 1 sobre las horas de trabajo en la industria, 1919, y lo hizo el 8 de noviembre de 1945; el último ha sido el Convenio núm. 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011, ratificado recientemente el 26 de noviembre de 2018.

En lo que concierne a los órganos de control de la OIT, el año 2017 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones formuló al Estado peruano observaciones en relación con la aplicación de los siguientes convenios internacionales de trabajo: el Convenio núm. 29 sobre el trabajo forzoso, 1930; el Convenio núm. 144 sobre consultas tripartitas para promover la aplicación de las normas internacionales del trabajo, 1976; el Convenio núm. 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, 1983; y, el Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989.

Además, mencionar que, a la fecha, el Perú aún tiene 15 procedimientos activos ante el Comité de Libertad Sindical, y 19 procedimientos que se encuentran en etapa de seguimiento⁴.

82

Por último y no menos importante, la naturaleza tripartita que caracteriza a la OIT y la diferencia del resto de agencias del Sistema de Naciones Unidas, juega un rol clave en la consolidación del diálogo social entre los actores nacionales, lo cual cobra mayor relevancia en un contexto de constante cambio en el mundo del trabajo; así como en la exigencia al cumplimiento de la normativa internacional del trabajo a través de los mecanismos establecidos con dicho fin.

III. El reto del centenario: el futuro del trabajo

Hace 100 años, los fundadores de la OIT reconocieron que el progreso económico debe estar en sintonía con la prosperidad y la paz para todos, y concibieron la visión de un mundo donde la paz universal, basada en la justicia social, se construya de forma conjunta entre trabajadores, empleadores y gobiernos.

La OIT cumple cien años en un contexto complejo con respecto al logro de la justicia social. El mundo del trabajo experimenta un importante y constante

⁴ <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:20030::FIND:NO>

proceso de cambio. Son diversas las fuerzas que lo vienen transformando, desde los cambios demográficos, el avance de la tecnología y el impacto del cambio climático hasta la evolución de la producción y el empleo, entre otros.

Debido a ello, el Director General de la OIT, Guy Ryder, lanzó en 2015 la Iniciativa del Centenario sobre el Futuro del Trabajo en el marco de las celebraciones del centenario de la organización y su mandato para promover la justicia social. En la Memoria del Director General de OIT, elaborada con motivo de la 104 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo realizada el año 2015, se señaló que *“por definición, la iniciativa debe ser una contribución a la causa de la justicia social. Su importancia particular -y tal vez el interés que ha suscitado- radica en que ha surgido en un contexto de gran incertidumbre e inseguridad, y del temor de que la evolución del mundo del trabajo lo aleje del objetivo de la justicia social, en lugar de acercarlo”* (OIT, 2015:2).

Así, la iniciativa del centenario sobre el futuro del trabajo busca contribuir a crear un espacio para reflexionar acerca de los grandes desafíos del mundo del trabajo y sobre cómo pueden la OIT y sus Estados Miembros responder a dichos desafíos de la mejor manera de cara a la consecución de la justicia social en el mundo.

A efectos de poner en práctica esta iniciativa y alcanzar las metas propuestas, el Director General de la OIT planteó la ejecución de tres fases principales. La primera fase busca generar un debate y reflexión de alcance global en torno al futuro del trabajo. Esta fase tuvo lugar a nivel nacional durante 2016 y 2017 en respuesta a la invitación de la OIT para que los países organizaran diálogos nacionales amplios, con la participación de los gobiernos y las organizaciones de trabajadores y de empleadores, y además, en algunos casos, círculos académicos, ONG y otros miembros de la sociedad, incluida la juventud.

Un total de 168 Estados Miembros respondieron positivamente a la invitación de la OIT. Hasta ahora 113 países, incluyendo a Perú, han participado en diálogos tripartitos nacionales o supranacionales. Los diálogos se estructuraron, en gran medida, en torno a cuatro conversaciones:

- a) *“Trabajo y sociedad*: el análisis sobre el futuro del trabajo en nuestras sociedades debe considerar que su función no es solamente proporcionar recursos para el bienestar material, sino generar un sentido social, de auto-realización como parte de un grupo mayor. De hecho, para la mayoría de los adultos, el trabajo define su lugar en la sociedad (OIT, 2017d).

- b) *Trabajo decente para todos*: la pregunta a responder es cuál será la procedencia de los empleos del futuro, en el que se deberán insertar a los millones de personas que se incorporan al mercado de trabajo cada año (OIT, 2017d).
- c) *La organización del trabajo y la producción*: la producción se organiza en formas que no se habían visto antes. Las nuevas tecnologías permiten distintas formas de encuentro entre alguien que proporciona un bien y alguien que lo demanda. No hay empleado ni empleador, no hay empresa ni cliente, sólo dos individuos cuya relación dura el tiempo que dura la transacción, sea comercial o laboral. ¿Cuáles son las consecuencias de esta nueva organización en el trabajo, en la cantidad de empleos, en su calidad, en los derechos y la protección social? ¿Cómo se puede asegurar que las nuevas formas de organización del trabajo no entrañan una desprotección de los trabajadores? (OIT, 2017d).
- d) *La gobernanza del trabajo*: ¿qué debemos hacer como sociedad respecto a la nueva y cambiante realidad?, ¿cómo debe evolucionar la gobernanza e instituciones del mundo del trabajo?, ¿cuáles son las formas creativas de regular y gestionar esta nueva realidad a nivel nacional e internacional?” (OIT, 2017d).

Discutir sobre el futuro del trabajo conlleva un ejercicio de prospectiva, que importa complejidad y riesgos. Entre los aspectos que más afectan al mundo del trabajo destacan, sin duda, “*las tendencias demográficas, el crecimiento económico y el desarrollo productivo, y el progreso tecnológico*” (OIT, 2016:47). Las cuatro conversaciones descritas previamente proporcionan un debate sustancioso acerca de las prioridades, los retos y las oportunidades en los planos nacional e internacional.

La segunda fase consistió en la creación de la *Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, cuya finalidad es encargarse de evaluar y sistematizar los aportes y reflexiones recibidos durante la primera fase, encargo que quedará plasmado en un informe de alto nivel que se presentará en la 108 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en junio de 2019.

A la fecha se cuenta con un Informe inicial para la Comisión sobre el Futuro del Trabajo (OIT, 2017a) en el que se incluye un descripción de las grandes tendencias que afectan al mundo del trabajo hoy en día y sea aborda los resultados cada uno de los ejes temáticos del diálogo global. Así, se examina el significado del trabajo para los individuos y la sociedad, se delibera sobre las formas en que la tecnología y otras tendencias afectan a la creación de empleo; se aborda aspectos sobre la organización del trabajo y de la producción y se reflexiona sobre la gobernanza del trabajo.

En este contexto, un hito importante para la región está dado por la *Declaración de Panamá para el Centenario de la OIT: por el futuro del trabajo en las Américas*⁵, adoptada en el marco de la 19ª Reunión Regional Americana (Panamá, 2018), documento en el que se establece prioridades para la OIT y para sus constituyentes para los próximos cuatro años de cara a la construcción de un mejor futuro del trabajo.

Al respecto, se destaca la necesidad de desarrollar prioridades de política vinculadas a desarrollo productivo; promoción de un entorno propicio para la creación y el desarrollo de las empresas; promoción del respeto e implementación de los derechos fundamentales en el trabajo; la transición de la economía informal a la formal, promoción de igualdad de oportunidades; de respuesta a las nuevas y diversas formas de empleo, entre otros.

Finalmente, la tercera fase se desarrollará este año del centenario y en ella se espera que los Estados Miembros organicen eventos relacionados con el centenario de la OIT, tanto desde la perspectiva conmemorativa e histórica como desde el análisis de los temas derivados de la iniciativa relativa al futuro del trabajo.

El primer acontecimiento internacional importante de 2019 será la presentación del informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo el 22 de enero; posteriormente se tiene previsto un “Recorrido Mundial” de 24 horas en directo con eventos nacionales en 24 países que celebrarán la labor de la OIT en cuatro continentes, de Suva a Lima.

La fecha del recorrido mundial del centenario de la OIT coincide con el aniversario de la sesión plenaria de la Conferencia de Paz de París que, el 11 de abril de 1919 adoptó el proyecto de Constitución de la OIT. Además, la Conferencia Internacional del Trabajo del centenario, que se llevará a cabo del 10 al 21 de junio en Ginebra, discutirá el referido informe y prevé adoptar nuevas normas históricas para combatir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. A su vez, una semana dedicada a la Protección Social está programada en la sede de la OIT en Ginebra, del 24 al 29 de noviembre, para presentar “*100 años de seguridad social: el camino hacia la protección universal*”.

En el ámbito de los países andinos destaca la presentación del Informe sobre el Futuro del Trabajo para los países andinos y constitución del Grupo de Análisis por país para elaborar recomendaciones nacionales sobre el futuro del trabajo; el

5 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_646374.pdf

desarrollo de campañas en redes sociales, muestras fotográficas, conversatorios; así como el encuentro tripartito por el Futuro del Trabajo y la presentación de recomendaciones nacionales del Grupo de Análisis constituido en febrero.

Asociado a los resultados de esta iniciativa, el Director General de la OIT ha expresado el interés de acoger las reflexiones que cuestionan el saber tradicional de la OIT así como las recomendaciones innovadoras de políticas que pueden requerir nuevos enfoques; y ha expresado su interés en proporcionar investigaciones rigurosas en estas áreas y en apoyar todos los aspectos de su trabajo.

Más allá del centenario, el mandato para la consecución de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible agrega urgencia y oportunidad a las tareas de la OIT, particularmente para promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos en un contexto en el que se requiere una globalización más equitativa y un crecimiento económico que impulse el desarrollo social. La acción en el mundo del trabajo es decisiva para alcanzar estos objetivos.

El centenario ofrecerá, sin duda, una plataforma única para reafirmar la pertinencia del mandato de la OIT a favor de la justicia social y su programa de trabajo decente, y para trazar un camino que permitirá a la Organización enfrentar los nuevos desafíos que implica el futuro del trabajo, cuando comience su segundo centenario.

86

IV. El futuro del trabajo y la política pública peruana

Enfrentamos grandes desafíos producidos por los rápidos cambios que afectan el mundo del trabajo. Con frecuencia, escuchamos de los cambios tecnológicos y la inteligencia artificial, del cambio climático, la globalización, el surgimiento de formas atípicas de empleo, así como los desafíos demográficos como el envejecimiento de la población en algunos países.

Todos estos factores seguramente tendrán un gran impacto sobre la creación y la destrucción de empleos y generarán una transformación veloz de la relación tradicional entre empleadores y trabajadores. No sabemos ahora de dónde surgirán los empleos en el futuro y qué tipo de trabajos serán, pero sí sabemos, sin duda, que el trabajo decente y el ganarse la vida dignamente seguirán siendo una aspiración de todos y todas, siempre; y la política pública juega un rol fundamental para su consecución.

En un contexto como el descrito, se requiere más que nunca el desarrollo de políticas públicas que permitan abordar los posibles efectos de los factores que afectan al mercado de trabajo tanto positiva como negativamente, con un enfoque centrado en el desarrollo del capital humano y de las capacidades de las personas para adaptarse a los cambios y sin perder de vista el objetivo de la justicia social y del trabajo decente como fin último (OIT, 2016).

1. Alineamiento de la “Iniciativa Centenario” de la OIT con los objetivos de política nacionales

Según el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico – CEPLAN (2018), “*toda gestión pública moderna debe orientarse al logro de resultados que impacten positivamente en el bienestar del ciudadano y en el desarrollo del país*”, y para ello debe tener como pilar fundamental a las políticas públicas nacionales y su adecuado planeamiento.

Así, las políticas públicas nacionales no sólo justifican la acción del Estado, en tanto que identifican problemas de la agenda pública que deben priorizarse en función de las necesidades de la población; sino que permiten integrar y dar coherencia a dicha acción estatal, en la medida que se enmarcan en las Políticas de Estado y responden a un programa de gobierno (CEPLAN, 2018).

Precisamente, el “Reglamento que regula las Políticas Nacionales”, aprobado por Decreto Supremo N° 029-2018-PCM, define a las “políticas nacionales” como aquellas “*decisiones de política a través de las cuales se prioriza un conjunto de objetivos y acciones para resolver un determinado problema público de alcance nacional y sectorial o multisectorial en un periodo de tiempo*” (artículo 8.1).

Complementando lo anterior, el artículo 8.5 indica que las políticas nacionales se enmarcan en las “Políticas de Estado” y en la “Política General de Gobierno”, la que -a su vez- es definida como el conjunto de políticas nacionales priorizadas que se desarrollan durante un periodo de gobierno determinado (artículo 7.1).

Sobre el particular, cabe destacar que la actual “Política General de Gobierno al 2021”, aprobada por Decreto Supremo N° 056-2018-PCM, señala como uno de sus cinco ejes el “crecimiento económico equitativo, competitivo y sostenible” (eje 3), el cual incluye como uno de los lineamientos prioritarios “fomentar la generación de empleo formal y de calidad, con énfasis en los jóvenes” (lineamiento 3.6).

Por su parte, volviendo al citado “Reglamento que regula las Políticas Nacionales”, tenemos que las “Políticas de Estado” son definidas como lineamientos generales que orientan el accionar del Estado en el largo plazo a fin de lograr el bienestar de los ciudadanos y el desarrollo sostenible del país (artículo 6).

Según la norma en cuestión, las Políticas de Estado son el resultado del consenso político y social alcanzado en el “Acuerdo Nacional” y se concretan en el Plan Estratégico de Desarrollo Nacional, cuyo monitoreo y seguimiento está a cargo del CEPLAN.

Ahora bien, el Acuerdo Nacional⁶ agrupa las Políticas de Estado en cuatro grandes objetivos: (i) el fortalecimiento de la democracia y del Estado de Derecho; (ii) el desarrollo con equidad y justicia social; (iii) la promoción de la competitividad del país; y, (iv) la afirmación de un Estado eficiente, transparente y descentralizado.

Dentro del objetivo general (ii), vinculado al desarrollo con equidad y justicia social, se incluye la Política de Estado N° 14, consistente en el “acceso al empleo pleno, digno y productivo”. En virtud de dicha política, los actores políticos y sociales se comprometieron a promover y propiciar, en el marco de una economía social de mercado, la creación descentralizada de nuevos puestos de trabajo; a mejorar la calidad del empleo, con ingresos y condiciones adecuadas, y acceso a la seguridad social para permitir una vida digna; a fomentar el ahorro, así como la inversión privada y pública responsables, especialmente en sectores generadores de empleo sostenible.

A tal efecto, el Estado asumió -entre otros- los siguientes compromisos: “(a) fomentar la concertación entre el Estado, la empresa y la educación para alentar la investigación, la innovación y el desarrollo científico, tecnológico y productivo; (b) promover que las empresas inviertan en capacitación laboral y que se coordine programas públicos de capacitación acordes a las economías locales y regionales; (c) garantizar el acceso a información sobre el mercado laboral que permita una mejor toma de decisiones y una orientación más pertinente sobre la oferta educativa; (d) fomentar la eliminación de la brecha de extrema desigualdad entre los que perciben más ingresos y los que perciben menos; (e) fomentar que los planes de desarrollo incluyan programas de empleo femenino y de los adultos mayores y jóvenes; (f) fomentar la concertación y el diálogo social entre los empresarios, los trabajadores y el Estado a través del Consejo Nacional de Trabajo, para promover el empleo, la competitividad de las empresas y asegurar los derechos de los trabajadores” (Acuerdo Nacional, Política de Estado N° 14).

6 Para mayor información, consultar: <http://acuerdonacional.pe/>

En suma, consideramos que algunas de las mega-tendencias identificadas en la “Iniciativa del Centenario” de la OIT, como son la innovación tecnológica, los cambios demográficos y el cambio climático, se encontrarían presentes en la política pública peruana, tanto explícita como implícitamente, y estarían agrupadas bajo el objetivo de generar empleo pleno, digno y productivo.

2. Algunos retos para el Estado peruano

Implementar acciones iniciales para el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible – ODS.

En septiembre de 2015 la asamblea general de Naciones Unidas aprobó la denominada “Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, a partir de la cual se establecieron 17 ODS, cuya finalidad esencial es conseguir a nivel global que en los próximos 15 años se termine con la pobreza extrema, se reduzca la desigualdad y se repare el cambio climático.

Precisamente, el ODS N° 8 consiste en promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos. Para ello, la Agenda 2030 propone algunas metas conexas, tales como reducir sustancialmente para el 2020 la proporción de jóvenes que no están empleados y no cursan estudios (“jóvenes ni-ni”), poner fin al trabajo infantil en todas sus formas a más tardar el 2025, o lograr para el 2030 un trabajo decente para todos los hombres y mujeres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, y la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor⁷.

Ciertamente, las metas que cada uno de los ODS plantean constituyen un desafío enorme para el Estado y, además, demandan una actuación intersectorial y en los distintos niveles de gobierno; sin embargo, sería interesante ver en la agenda del Ministerio de Trabajo para este año la inclusión de algunas acciones preliminares que apunten a garantizar progresivamente que el Estado peruano alcance con éxito el ODS N° 8 en el 2030.

En esa línea, conviene citar aquí el primer Informe Nacional Voluntario sobre la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que fue elaborado por CEPLAN y presentado a inicios del año 2017 para generar un espacio institucionalizado de diálogo y concertación entre todos los actores de la sociedad y del Estado (Quiñones, 2017).

⁷ Para mayor información, consultar: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/summit/>

En nuestra opinión, la importancia de este informe nacional es doble. En primer lugar, constituye una reafirmación del compromiso del Estado peruano con la Agenda 2030 y narra cómo ésta se está implementando inicialmente para el logro de sus objetivos. En segundo término, constituye un análisis prospectivo para elaborar una propuesta de imagen de futuro del país al 2030 que guíe la actualización de su Plan Estratégico de Desarrollo Nacional, en armonía con las políticas de Estado de largo plazo y los ODS (CEPLAN 2017).

En este sentido, la propuesta de imagen de futuro elaborada por CEPLAN se encuentra “*asociada a las cinco esferas de desarrollo sostenible identificadas en el preámbulo de la Agenda 2030 que es base para la construcción de la visión concertada de futuro del Perú al 2030. Para transmitir mejor el sentido de esa propuesta de imagen, se ha identificado una lista de indicadores ilustrativos, directamente relacionadas con cada ODS, a fin de facilitar el diálogo para la concertación de la visión de futuro*” (CEPLAN 2017, 20).

En efecto, de acuerdo a la ya mencionada Agenda 2030, los 17 ODS se agrupan en 5 *esferas críticas* para el desarrollo sostenible: personas, planeta, prosperidad, paz y alianzas. Dentro de la esfera de *prosperidad* está comprendido el ODS No. 8, consistente en promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.

Bajo ese mandato, el CEPLAN ha propuesto que, en la esfera de prosperidad, la imagen de futuro del Perú al 2030 sea la de un país en el que “*todas las personas gozan de una vida próspera y plena, con empleo digno y en armonía con la naturaleza, considerando reserva de recursos para el bienestar futuro*” (CEPLAN 2017, 21); y, para ello, ha establecido 3 *indicadores ilustrativos*, que servirán para el seguimiento y monitoreo del cumplimiento efectivo de la meta propuesta: (i) tasa de crecimiento anual del PBI real per cápita (%); (ii) porcentaje de la población ocupada con empleo formal (%); y, (iii) coeficiente GINI de ingresos (Quiñones, 2017).

Incrementar los ingresos de la población asalariada

El “Índice de Mejores Trabajos” elaborado por el Banco Interamericano de Desarrollo – BID (2017) constituye una herramienta para el análisis comparativo de los mercados laborales en América Latina.

Lo novedoso de este índice es que evalúa la situación del empleo en los países de América Latina a través de dos dimensiones: (i) cantidad y (ii) calidad. Cada

una de estas dimensiones, a su vez, está conformada por dos indicadores: participación laboral + ocupación, en la primera dimensión; y, formalidad + salario suficiente, en la segunda.

En el caso del Perú, el índice promedio ponderado de los 4 indicadores es de 55 puntos, ubicándose por debajo del promedio de América Latina (57 puntos) y en el puesto 12 de un total de 17 países de la región evaluados.

Al igual que a nivel regional, en nuestro país se evidencia también una significativa brecha entre los resultados de las dimensiones de cantidad y calidad en el empleo. En efecto, Perú obtiene significativamente más puntos tanto en la tasa de participación (82/100 frente al promedio regional situado en 77) como en la de ocupación (79/100 frente al promedio regional que es 72); mientras que, en términos de calidad, el puntaje obtenido por nuestro país disminuye sustancialmente en la tasa de formalidad laboral (solo 17/100 puntos frente al promedio regional de 34) y en el indicador de trabajos con salario suficiente para superar la pobreza (43/100 frente al promedio regional que se sitúa en 47).

En resumen, Perú ocupa la 2da posición en América Latina en la dimensión de cantidad, con 80 puntos, mientras que se ubica en la 12va posición en la dimensión de calidad con solo 30 puntos.

Esta importante brecha (50 puntos) entre ambas dimensiones de la evaluación del mercado laboral no hace más que ratificar que en nuestro país, a pesar de que existen tasas importantes de participación y ocupación, el problema de fondo radica en que dichos empleos no son necesariamente formales ni aseguran a la población un nivel de ingresos suficiente para superar la pobreza.

En nuestra opinión, cerrar estas brechas entre la cantidad de empleo que se genera en el país y la calidad de dicho empleo, que es el indicador que de forma más directa repercute en el bienestar de los ciudadanos, constituye uno de los retos más trascendentales que el Estado deberá afrontar en el futuro próximo, abordándolo desde la propia dinámica económica del mercado laboral, pero también desde el Derecho del Trabajo, en tanto conjunto de normas que lo regulan.

Siendo ello así, resulta prioritario incluir en la agenda laboral no solo el debate -estrictamente técnico- sobre el incremento del salario mínimo, sino también sobre la calidad y pertinencia de la educación, la formación profesional, y la empleabilidad de los jóvenes.

Promover la igualdad salarial y no discriminación entre mujeres y hombres

De acuerdo al “Índice Mundial de Brechas de Género” elaborado por el Foro Económico Mundial (2017), el Perú se ubicó dentro del ranking global en el puesto 48 de un total de 144 países evaluados.

Sin embargo, en la dimensión de “participación económica de las mujeres”⁸ nuestro país desciende en el ranking hasta el puesto 98, y en el indicador específico relativo a la “igualdad salarial por trabajos de igual valor”, el Perú desciende 30 posiciones más y ocupa el puesto 128 de un total de 144 países.

Este panorama poco alentador se corrobora con los indicadores locales en la materia. Por ejemplo, en el Perú la tasa de actividad femenina para el año 2017 fue de 64,0%, 17 puntos porcentuales inferior a la de participación de los hombres en el mercado laboral, que ascendió a 81,0% para el mismo año⁹. Asimismo, la tasa de subempleo femenina en el Perú para el año 2017 fue de 56,1%, superando en alrededor de 20 puntos porcentuales a la masculina, que ascendió al 35,6% para el 2017¹⁰.

Más aun, de acuerdo con la Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza 2017, elaborada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI, el ingreso laboral promedio mensual de los hombres es de S/ 1566, mientras que el de las mujeres es de tan solo S/ 1107¹¹. De allí que, la brecha de ingresos entre hombres y mujeres en el Perú ascienda, aproximadamente, a 30%.

En este contexto, resulta evidente que uno de los retos prioritarios para el Estado peruano es la reducción de la brecha salarial por razón de género, en tanto objetivo inherente a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Sobre el particular, conviene recordar que mediante Resolución Ministerial N° 243-2018-TR se aprobó la Guía que contiene las pautas referenciales -no vinculantes- para que los empleadores evalúen sus puestos de trabajo, cuenten con un

8 Las 4 dimensiones que evalúa el “Índice Mundial de Brechas de Género” son: (i) participación económica, (ii) resultados educativos, (iii) salud y subsistencia, y (iv) empoderamiento político.

9 INEI - Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, 2007-2017.

10 *Ibíd.*

11 Nótese que con la referencia a “ingreso laboral promedio mensual” se alude al ingreso promedio que perciben no solo las personas con un empleo asalariado -en el sector privado y público-, sino también los ingresos que perciben las personas naturales empleadores, los independientes, los trabajadores familiares no remunerados y los y las trabajadoras del hogar.

modelo de cuadro de categorías y funciones, y conozcan el contenido mínimo de la política salarial. La Guía en cuestión ha sido elaborada y publicada en cumplimiento del mandato normativo contenido en la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres -en vigencia desde el 28 de diciembre de 2017-, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 002-2018-TR.

Resulta crucial advertir que este conjunto de normas tiene como propósito principal reforzar aún más la prohibición constitucional de discriminación remunerativa entre hombres y mujeres y, sobre todo, reducir la brecha salarial por razón de género, lo cual constituye un objetivo de política pública altamente valorado y plenamente alineado con el mandato de la Constitución, el Acuerdo Nacional y los ODS para el 2030.

Para ello, es indispensable reconocer que la brecha salarial por razón de género se explica principalmente por “factores subjetivos” que obedecen a patrones estructurales, asociados a la desigual división entre hombres y mujeres del trabajo doméstico y del cuidado de otras personas dependientes; en consecuencia, la conciliación de la vida laboral, familiar y personal -entendida como corresponsabilidad entre géneros- resulta un pilar fundamental para alcanzar una real igualdad entre géneros.

Asimismo, consideramos que la elaboración de “Planes de Igualdad Salarial” en las empresas constituye una adecuada herramienta de planificación para diagnosticar, medir y reducir las brechas salariales existentes entre hombres y mujeres en el centro de trabajo; y que el diálogo social y la negociación colectiva pueden cumplir también un rol importante para revertir esta problemática.

Ampliar la cobertura de protección social.

En septiembre de 2017, la Comisión de Protección Social (creada por Resolución Ministerial N° 017-2017-EF/10) publicó su informe final con propuestas para la reforma integral del sistema de pensiones, el financiamiento y aseguramiento de la salud y la postergación del establecimiento de un seguro de desempleo¹².

A modo de apretada síntesis, podemos destacar que la Comisión de Protección Social propone la creación de un nuevo sistema pensionario conformado

12 Para mayor información, consultar: <http://www.proteccionsocial.com.pe/>

por tres pilares complementarios (pensión básica universal + ahorro previsional obligatorio + aportes voluntarios), y en materia de salud propone la creación de un plan de beneficios universal financiado con recurso públicos y administrado por un fondo único, a la par que reducir progresivamente las contribuciones a Essalud.

Qué duda cabe respecto a la complejidad de las reformas propuestas y a la necesidad de la intervención de múltiples entidades y sectores estatales, dentro de los que el Ministerio de Trabajo seguramente tendrá que jugar un rol activo y prioritario.

V. Bibliografía

- BID. 2017. Índice de Mejores Trabajos. En <https://mejorestabajos.iadb.org/es>.
- BLANCAS, C. 2002. El derecho al trabajo y el despido arbitrario. A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional. En: *Ius et Veritas*, Lima, año XII, número 25.
- BOZA, G. 2011. Lecciones de Derecho del Trabajo. Lima: PUCP.
- CARRASCO, C. 2009. Tiempos y trabajos desde la experiencia femenina. En: *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*. N° 108. pp. 46-57.
- CEPLAN. 2017. Informe Nacional Voluntario sobre la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Lima.
2018. Guía de Políticas Nacionales. Primera edición. Lima.
- NEVES, J. 2012. Introducción al Derecho del Trabajo. Segunda Edición. Lima: PUCP.
- OIT. 2003. Perú: Propuesta de Programa Nacional de Trabajo Decente, 2004-2006. Informe Preliminar. Lima.
2015. La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo. Memoria del Director General. Ginebra. Informe I.
2016. Panorama Laboral de América Latina y el Caribe. Oficina Regional para América Latina y El Caribe. Lima.
- 2017a. Inception Report for the Global Commission on the Future of Work. Geneva.

2017b. Trabajo y cambio climático: La iniciativa verde. Memoria del Director General. Ginebra.

2017c. El futuro del trabajo que queremos. La voz de los jóvenes y diferentes miradas desde América Latina y el Caribe. Lima: OIT Américas Informes Técnicos 2017/7.

2017d. Síntesis de los Diálogos Nacionales sobre el Futuro del Trabajo. Ginebra: OIT, 2017.

PALOMEQUE, M y ÁLVAREZ, M. 1996. Derecho del Trabajo. Cuarta edición. Madrid: Centro de Estudios Ramón Arcés.

QUIÑONES, S. 2007. La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú. Palestra, Lima, 251p.

2016. Breve repaso a la evolución histórica del Derecho del Trabajo. En: *Ius et Veritas*, Lima, N° 52, pp. 258-268.

2017. El futuro del Derecho del Trabajo. En: *Ius et Veritas*, Lima, N° 55, pp. 30-41.

SANGUINETI, W. 1996. El Derecho del Trabajo como categoría histórica. En: *Ius et Veritas*, Lima, N° 12, pp. 143-157.

WORLD ECONOMIC FORUM. 2017. The Global Gender Gap Report 2017. Switzerland.

2018. The Future of Jobs Report 2018. Geneva.

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL TRABAJO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA OIT

LUIS MENDOZA LEGOAS*

RESUMEN: Este estudio presenta a las funciones de la Autoridad de Trabajo desde la perspectiva de normas, precedentes y acción de la Organización Internacional del Trabajo. El Estado es garante y promotor de derechos fundamentales en el trabajo y, en el ámbito internacional, este importante papel les impone complejas funciones como: formar parte del método tripartito de regulación; ellos son sujetos de control sobre el incumplimiento de tales normas; y, además, los gobiernos pueden ser beneficiarios de asistencia técnica desplegada desde la OIT. Aquí se pasa revista de tales funciones, prestando además atención a las particularidades relevantes para el Perú.

PALABRAS CLAVE: Administración del Trabajo, intervencionismo, supervisión, asistencia técnica.

SUMMARY: This study introduces to the functions of the Labor Authority from the perspective of norms, precedents and activities of the International Labor Organization. The State is the guarantor and promoter of fundamental rights at work and, in the international arena, this important role puts on national governments complex functions, such as: taking part of the tripartism regulation method, they are subject to control over the breach of such norms and, in addition, governments can be a beneficiary of technical assistance provided by the ILO. Here we review these functions, also paying attention to the particularities relevant to Peru.

KEYWORDS: Labor Administration, interventionism, supervision, technical assistance

* Magíster en relaciones industriales y de empleo por la Universidad de Turín y el Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo. Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho del Trabajo en la Escuela de Posgrado de la misma universidad.

SUMARIO: I. La administración del trabajo en los convenios, recomendaciones y declaraciones de la organización internacional del trabajo; 1. *La administración del trabajo como objeto de regulación internacional*; 2. *La administración del trabajo en otros instrumentos de la OIT*. II. La intervención administrativa como objeto de la supervisión de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo; 1. *El Comité de Libertad Sindical y la administración del trabajo*; 2. *La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y la administración del trabajo*. III. La Administración del Trabajo y la asistencia técnica. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.



En el sistema normativo internacional de la Organización Internacional del Trabajo (un órgano especializado de la Organización de Naciones Unidas), el concierto de voluntades resultante en normas internacionales de trabajo se plasma a través del método del tripartismo, en el cual los Estados mandantes tienen una representación compartida con organizaciones de trabajadores y empleadores. El tripartismo es un elemento considerado como “piedra angular de la organización”, en donde “la participación activa de trabajadores y empleadores es esencial para su adopción” (Rodgers *et al* 2009: 20-21) y también es tenido como un “derecho emergente” que, impulsado desde el sistema internacional de la OIT, se convierte en una tendencia importante dentro del Derecho Internacional con impacto en los derechos de las personas (Papadakis 2006: 11-12).

98

Sin embargo, el vigor de este modelo no está exento de peligros. Así, en el ámbito internacional se ha anotado que el funcionamiento tripartito encuentra hoy un punto álgido de discusión en torno a la recepción internacional del derecho de huelga, lo que puede considerarse como una verdadera crisis que amenaza al tripartismo (Compa 2014: 20). Y en el ámbito nacional, desde luego, se vislumbran amenazas distintas, que provienen, en muchos casos, del llamado “tercer actor” de las relaciones de trabajo: el poder público.

En este trabajo —a propósito del relanzamiento de *Laborem* en el año del centenario de la Organización Internacional del Trabajo— nos proponemos mostrar la relevancia de la administración del trabajo desde la óptica internacional, sea en su regulación directa por ciertos instrumentos internacionales (a ello dedicamos el primer apartado); a su consideración en otros instrumentos internacionales de la OIT (segundo apartado); al papel que tiene la administración del trabajo en la supervisión efectuada por órganos internacionales de la OIT (tercer apartado); y, para culminar, nos referiremos a la importante actividad de la autoridad de trabajo en la dinámica de la cooperación internacional desde la OIT (cuarto apartado).

I. La administración del trabajo en los convenios, recomendaciones y declaraciones de la organización internacional del trabajo

1. La administración del trabajo como objeto de regulación internacional

Los convenios de la OIT, recomendaciones y declaraciones son instrumentos que propugnan una agenda global de justicia social a través del trabajo decente. Como es bien sabido, tales instrumentos poseen diverso grado de preceptividad y encuentran en los Estados miembros a los destinatarios más frecuentes del contenido obligacional (junto con los mandatos derivados a los empleadores).

En el caso de los llamados “convenios técnicos” de la OIT —de preceptividad exigible desde el acto de la ratificación por el Estado miembro— puede desprenderse sin dificultades el que existe un importante grado de autodeterminación de parte de los gobiernos nacionales respecto del componente obligacional asumido. Esto es así debido a que, dado el método de adopción de dichas normas internacionales de trabajo, los propios gobiernos forman parte de la deliberación en la formación de tales estándares, que solo con su anuencia pasarán a ser incorporadas al ordenamiento jurídico nacional. Así, dada su participación en las Conferencias Internacionales del Trabajo en las que se acuerdan estos estándares, la representación de los Estados manifiesta su voluntad en línea tendente a desarrollar y supervisar internamente la aplicación de determinado estándar internacional.

No se olvide que, dentro de tal sistema descentralizado (donde no existe una voluntad supra estatal), la efectividad de esas normas internacionales está, primero, en manos de los propios Estados, que espontánea o asistidamente, deben aplicar tales normas dentro de procesos de promoción, seguimiento y facilitación, de una parte y de control (Torroja 2010: 72-73). Además, en el caso de las normas internacionales aprobadas, ellas pueden situar a los Estados en la posición de sujetos objeto a supervisión y control. Así pues, la actuación los Estados Miembros (y, en ellos, la de los órganos a cargo de la función ejecutiva de administración del trabajo) resultan de especial interés para el proyecto de justicia social que procura la OIT. La aplicación de los estándares tiene incidencia directa en la efectividad de derechos subjetivos laborales, de forma tal que el papel del Estado aquí adquiere gravedad señalada para la remoción de obstáculos fácticos y hasta jurídicos, la garantía en el ejercicio de derechos y su promoción.

Es así como el gobierno laboral es objeto de especial atención para los sistemas normativos internacionales. Así, no sorprende la existencia desde antiguo de instrumentos internacionales específicamente creados para regular a estos cuer-

pos estatales desde sus funciones y misión esenciales. Principalmente: el convenio núm. 150 de la OIT, *Cometido, funciones y organización de la Administración del Trabajo*, de 1978), instrumento que, si bien no ha sido ratificado por el Perú —se trata de un convenio minoritariamente ratificado en Latinoamérica—, es considerado como un instrumento prioritario o de “gobernanza”. A decir de la doctrina, esta categorización expresa ciertas pautas de aproximación de la propia OIT y de los Estados miembros a los estándares mínimos y adicionalmente fija prioridades en el proceso de ratificación, contribuyendo al orden público internacional (Gil 2016: 22-23). En todo caso, respecto de este convenio no se permite el uso del mecanismo de la flexibilización, restringiéndose la discrecionalidad de los Estados para adaptar las obligaciones del convenio a sus condiciones propias nacionales (Martínez 2010: 169 y 173).

Al ser los convenios de la OIT el resultado de la concertación laboral internacional (y por ende, cuida de considerar un estándar de aplicación respecto de la más variopintas realidades jurídicas y socioeconómicas), su componente normativo es considerado un piso mínimo común, por lo que faculta a los Estados miembro a analizar su propio sistema de administración del trabajo, fijarse objetivos para la mejora y considerar los desafíos locales propios y prever la realización de los procesos necesarios para alcanzar tales objetivos (Casale 2010: 23). Por ello, no debe sorprender que su relativa generalidad pudiera resultar frustrante a quien busque encontrar definiciones acabadas respecto de la intervención pública en el campo laboral.

Este es el caso, qué duda cabe, del convenio núm. 150 de la OIT. En él, se otorga una definición comprensiva del concepto de administración del trabajo, aludiéndose a “actividades de la administración pública en materia de política nacional del trabajo” y concibiendo a tales funciones dentro de una determinada organicidad coherentemente estructurada (de la que se deriva la voz: “sistema de administración del trabajo”).¹ Estas funciones pertenecen a un centro neurálgico de las actividades gubernamentales, las mismas que —según la práctica nacional y legislación interna— podrían llegar a ser delegadas a los actores sociales (entiéndase dentro de procesos genuinos de diálogo social) para la ejecución de actividades de administración del trabajo, como para su regulación.² No obstante,

1 Incisos (a) y (b) del artículo 1 del Convenio núm. 150 de la OIT. La idea de “sistema”, además, aparece reflejada en el artículo 4, en el que se vincula este concepto a gobierno en el contexto de la organización territorial.

2 Artículos 2 y 3 del Convenio núm. 150 de la OIT. Obsérvese la total congruencia de esta norma con el fomento de la negociación colectiva (artículo 28.2 de la Constitución). Esto es realidad en

la concertación para la gobernanza laboral no es potestativa para los Estados: les es vinculante. Este convenio los obliga a instaurar procedimientos de consulta, cooperación y hasta negociación entre autoridades y actores sociales,³ las que pueden comprender diversos ámbitos territoriales o sectores económicos (lo que nos resulta de valía, dado el modelo constitucional de gobierno es descentralizado).

Como se aprecia, detrás de este modelo participativo, se plasma el interés público internacional de asegurar que los mandantes participen, en su confluencia, en el control del devenir de la administración. De esta forma, desde las reformas laborales hasta los lineamientos de la acción administrativa pasan a formar parte de la unicidad del concepto de la gobernanza laboral, que necesariamente es participativa ante el riesgo de que el Estado, por intervencionismo o por inacción, incumpla con aplicar los estándares internacionales de forma directa.

Incluso, el convenio que analizamos involucra dentro del concepto de “sistema de administración” a los empleadores, los trabajadores y a sus correspondientes organizaciones, como actores principales dentro del proceso de formulación, aplicación y revisión de la política pública, a través de los canales institucionales existentes para tal propósito. En el caso peruano, esto se plasma, dentro de la estructura de gobierno nacional, en el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo y otros espacios deliberativos coordinados en el seno de la Administración del Trabajo local.

Lamentablemente, no existen demasiados ejemplos de la puesta en práctica efectiva de una cultura de diálogo social por los formuladores de la política laboral en el ámbito nacional. Acaso uno de los acuerdos recientes más auspiciosos consistió en la fijación, en agosto de 2018, de una agenda de un número de cuestiones a ser evaluadas por las representaciones empleadora y trabajadora sobre asuntos laborales, de seguridad social, migración, entre otros temas. No obstante, la aprobación unilateral de los actuales instrumentos de política laboral devino en que el diálogo social se paralice nuevamente, no progresándose en los asuntos que habían sido objeto de acuerdo.⁴

países como España (en donde por vía del diálogo social se constituyeron voluntariamente órganos consultivos con funciones mediadoras en conflictos colectivos) y Alemania, donde una alianza entre actores sociales y partes interesadas para la empleabilidad a través de la identificación de habilidades requeridas y de grupos poblacionales objetivo para una acción priorizada (Hastings y Heyes 2016: 29-30).

3 Este punto es clarificado en el artículo 5, incisos 1 y 2 del Convenio núm. 150 de la OIT.

4 Me refiero a la Política Nacional de Competitividad y Productividad, aprobada la noche del año viejo de 2018; y su Plan de desarrollo, aprobado en la víspera del feriado de fiestas patrias. Ambos documentos tienen una fuerte impronta de un discurso de tendencia cuya receptividad en instru-

Como puede comprobarse, el convenio internacional que venimos comentando regula componentes orgánicos y funcionales de la Administración del Trabajo. Desde luego, la apertura al método del tripartismo no implica la externalización de la responsabilidad que mantiene el gobierno sobre el devenir de la política de trabajo ni sobre el control de su aplicación por parte de organismos paraestatales que cumplan tales funciones.⁵ Pero sí resultará compatible con el convenio prioritario el que, en el proceso de la política pública (a saberse: la formulación,⁶ aprobación, aplicación y supervisión), los organismos competentes dentro del sistema incluyan la participación de los actores sociales dentro de todas esas fases.⁷ Junto con ello, será indispensable el extender las funciones a actividades en las que la Administración del Trabajo no se encuentre presente,⁸ asunto que nos devuelve a problemáticas fundamentales de nuestro mercado laboral, como es el caso de la multiforme informalidad laboral y la afectación a derechos fundamentales en el trabajo propiciadas por la debilidad estatal en ciertas regiones y enclaves económicos.

Un desarrollo complementario al instrumento que venimos comentando puede ser encontrado en la Recomendación sobre la Administración del Trabajo, núm. 158 (1978). En este lineamiento se amplía la participación de los organismos administrativos competentes y de las instancias de diálogo social en la formación de la normativa laboral, todo esto con un enfoque promotor de derechos fundamentales como la sindicalización y situando a la responsabilidad estatal de conducir una política de empleo de forma integrada junto con otros aspectos de importante desarrollo (como la investigación en el campo laboral).

Pero no son los instrumentos internacionales citados los únicos que establecen una regulación relevante sobre la administración del trabajo. Temáticamente, pueden citarse también a los siguientes convenios:

mentos de gobierno laboral da cuenta de la escasa relevancia práctica del diálogo social en este nivel.

5 A esto último se refiere el artículo 9 del Convenio núm. 150 de la OIT.

6 Específicamente, el artículo 8 del Convenio núm. 150 de la OIT se ocupa específicamente de referir la participación de los organismos competentes dentro del sistema de administración del trabajo deberán contribuir a formular la política nacional relativa a las cuestiones internacionales del trabajo, entre otros aspectos vinculados.

7 Esto fluye del artículo 6 del Convenio núm. 150 de la OIT.

8 Artículo 7 del Convenio núm. 150 de la OIT.

- La Recomendación núm. 113⁹ y el Convenio núm. 110 “Convenio relativo a las condiciones de empleo de los trabajadores de las plantaciones” (1958).¹⁰
- Inspección del Trabajo: el Convenio núm. 81, “Convenio sobre la inspección del Trabajo”, la Recomendación sobre la inspección del trabajo, núm. 81 (1947), la Recomendación sobre la inspección del trabajo (territorios no metropolitanos), núm. 85 (1947), la Recomendación sobre la inspección del trabajo (minas y transportes), núm. 82 (1947), el Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), núm. 129 (1969), la Recomendación sobre la inspección del trabajo (agricultura), núm. 133 (1969) y la Recomendación núm. 28.
- Estadísticas: el Convenio sobre estadísticas de salarios y horas de trabajo, núm. 63 (1938).
- Consulta tripartita: el Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), núm. 144 (1976) y la Recomendación sobre la consulta tripartita, núm. 152 (1976).

2. La administración del trabajo en otros instrumentos de la OIT

Más allá de los instrumentos internacionales referidos específicamente a la Administración del Trabajo, otras normas internacionales, implícita o explícitamente, se refieren a las funciones del llamado tercer actor de las relaciones de trabajo. Lo hacen para explicitar al Estado como destinatario del componente obligacional para los Estados de los preceptos establecidos, sea dirigiéndose a su faz regulatoria o bien a la administrativa,¹¹ la misma que, dentro de los distintos

9 Recomendación que promueve formas de consulta y colaboración en ramas de actividad económica y en el ámbito nacional, entre autoridades públicas y organizaciones de empleadores y trabajadores, con el objeto de desarrollar buenas relaciones, comprensión mutua, en beneficio de la economía, las condiciones de trabajo y el nivel de vida.

10 Convenio que ofrece un modelo de resolución de conflictos sindicales que privilegia la conformación autónoma de mecanismos de conciliación y, en forma supletoria, prevé que la administración pública pueda examinar tales controversias, promover la conciliación y ayudar a que las partes arriben a soluciones equitativas (artículo 56).

11 Tómese como ejemplo al Convenio de la OIT núm. 14, sobre el descanso semanal (industria), 1921, que fija condiciones para la autorización de suspensiones y disminuciones al descanso semanal obligatorio (bajo consideraciones de orden económico y humanitario, tras la práctica de una consulta previa y con el dictado de disposiciones que prevean la implementación de periodos de descanso en compensación de las excepciones al descanso obligatorio semanal, si tales mecanismos no hubieren sido consuetudinariamente contemplados (artículos 4 y 5). En este ejemplo se advierten las funcio-

niveles de intervención que le son reconocidos, puede bien desplegar acciones de mera autorización o hasta de supervisión y control del cumplimiento de los estándares.¹²

Es bien sabido que, como consecuencia del acto de la ratificación de un convenio (en los casos comunes) o por la sola pertenencia de un Estado nación a la Comunidad internacional de la OIT (en casos de convenios llamados “centrales”), las administraciones de trabajo nacionales pasan a asumir un rol protagónico en la ejecución de tales instrumentos internacionales. Sea bajo la forma del *fomento* de actuación concertada laboralmente, por regulación directa o por actividad administrativa unilateral, gran parte de la misión confiada por el estándar adoptado por un Estado miembro será depositada en la figura de la autoridad laboral.

Lo mismo ocurre respecto de los convenios no ratificados, cuando se activa la facultad del Consejo de Administración de la OIT de requerir a los Estados Miembros a que informen sobre sus prácticas en relación con ellos (e incluso sobre las recomendaciones). Sobre esto último se ha sugerido que este sería el método por el cual la OIT ejerce cierta presión sobre los estados que tratan de ignorar los objetivos de aceptación general, y sobre todo los derechos fundamentales en el trabajo (Rodgers *et al* 2009: 22). De esta forma, se trataría de un método de persuasión reforzada, por el cual se promueve la efectividad de los estándares técnicos internacionales entre los Estados, como se verá en la sección siguiente.

Junto con las normas internacionales (y en ocasiones, reuniéndolas y dándoles un sentido reforzado) las Declaraciones de los órganos tripartitos de la OIT ocupan un espacio relevante en el sistema normativo. Como ha resaltado la doctrina, ellas “tienen por objeto la reglamentación jurídica del trabajo “ y su existencia se infiere de la propia práctica institucional tripartita (Bonet 2010: 190). Entre ellas, abordan a la cuestión de la Administración del Trabajo las siguientes:

nes regulatorias (normar supletoriamente medidas compensatorias) y administrativa (autorizar las solicitudes justificadas).

- 12 Este último tipo de medidas administrativas se vislumbra en todas las disposiciones que hacen referencia al servicio de inspección del trabajo. Una referencia adecuada a esta importante función se plasma, por ejemplo, en los artículos 15 (numeral 1.b) y 17 del Convenio de la OIT núm. 189, Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011. En ellas se impone a los Estados a asegurar la existencia de mecanismos y procedimientos adecuados para la investigación de las quejas y medios eficaces para la verificación del cumplimiento de las normas del trabajo doméstico, lo que resulta sumamente importante dada la complejidad del acceso al centro de trabajo (el domicilio del empleador) y la existencia de malas prácticas de ciertas agencias de empleo, todo lo cual puede poner en un peligro cualificado a la vigencia de los derechos fundamentales de las personas que trabajan en el empleo doméstico.

- *La Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo o Declaración de Filadelfia* (1944), compromete a los gobiernos a luchar por la justicia social y así atender las necesidades surgidas por el estado de pobreza. Recuérdese que el aforismo más famoso de esta declaración, respecto al carácter indesligable del trabajo humano de la persona que presta servicios —“*el trabajo no es una mercancía*”— también se extiende a la acción administrativa y política laboral (puntos *b* y *c* del acápite II).
- *La Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social* (1977 y 2006). En este caso, la propia Declaración recuerda que los ministerios y organismos gubernamentales son colaboradores necesarios en la promoción y logro de las metas fijadas por dicho instrumento.
- *La Declaración de la OIT Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento* (1998), instrumento central que recuerda que la incorporación libre de los Estados Miembros a la OIT genera el compromiso de esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización “en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas”, lo que pone énfasis en un compromiso de maximización que inevitablemente alcanza a la operatividad de la administración del trabajo. Asimismo, reconoce la obligación de la OIT de proveer de asistencia técnica a los Estados para alcanzar tales objetivos.
- *La Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa* (2008), que presta especial atención a la *asistencia técnica* que provee la OIT para la consecución de objetivos estratégicos a través de una amplia variedad de mecanismos.
- *La Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo* (2019) hace explícita referencia al fortalecimiento de la administración pública del trabajo a fin de conducir los esfuerzos de la organización (punto *xi* del párrafo A, acápite II). Asimismo, declara como “de responsabilidad compartida entre gobiernos e interlocutores sociales” a la promoción de competencias, habilidades y calificaciones para todos los trabajadores, a lo largo de su vida laboral (punto *iii* de la misma sección de la declaración).

Entre todas ellas, quizá hoy la de mayor vigencia comprobable es la *Declaración 1998 de la OIT*. La trascendencia de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que ya formaban parte de la Constitución de la OIT, se debe conceptuar más allá del contenido de los convenios centrales que, sobre tales materias, se han ratificado: su impacto trasciende al ámbito del sistema de la OIT

y de los compromisos programáticos e inmediatos que, para el Estado peruano, pueden generarse tras la ratificación de tales convenios. Así, por ejemplo, Tapiola ha subrayado la conexión que cada uno de estos derechos fundamentales tiene con la acción de la administración e inspección del trabajo (2018: 113), asunto que por demás es claro si se aprecia que todos estos convenios demandan de la Administración del Trabajo cierto comportamiento, sea por acción concreta para fomentar, garantizar o proteger ciertos derechos; o a través de la omisión de la comisión de acciones que pudiesen afectar tales derechos.

Y es que, prácticamente, todas las funciones de la autoridad administrativa de trabajo, desde las menos intensas hasta las que generan mayor impacto en el mercado laboral, pueden tener un efecto positivo o negativo, según si tales intervenciones garantizan el ejercicio de derechos fundamentales en el trabajo o si, más bien, los erosionan. Tómese por ejemplo a la necesaria actividad de registro y estudio de campo para el abordaje sostenible de fenómenos sociales de complejidad tales como el trabajo infantil y el trabajo forzoso, para (a partir de ello) establecer acciones articuladas desde todo el poder público (y con participación de aliados privados). En contraposición, puede citarse al caso de la intervención administrativa sobre las relaciones sindicales, ámbito en el que las actividades de registro resultan justificadas, mas no así las autorizaciones previas, según los criterios sentados por los órganos de control de la OIT. Igualmente, resultan prácticas contrarias a la efectividad de dicho derecho fundamental el reglamentarismo y el sometimiento de las manifestaciones dinámicas de dicho derecho fundamental a tramitaciones burocráticas que tienen un impacto adverso sobre la acción colectiva.¹³

Así, podemos tomar como ejemplo al Convenio núm. 98 de la Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1948, cuyo artículo 2 reconoce a la protección adecuada contra actos de injerencia que afecten su desenvolvimiento autónomo. Aquí, los sujetos comprometidos por el efecto vinculante de esta norma son, además de las organizaciones de trabajadores y empleadores, el propio Estado.

En cambio, el artículo 4 del mismo convenio de la OIT establece la obligación de adoptar “medidas adecuadas a las condiciones nacionales” para el estímulo y fomento de negociaciones colectivas voluntarias entre empleadores (u organizaciones de ellos) y organizaciones sindicales. Esta es una norma jurídica que, en toda regla, extiende su mandato al Estado en su faz regulatoria y admi-

13 Sobre estos temas en particular volveremos más adelante, en el punto 2.a de este artículo.

nistrativa a fin de lograr el objetivo descrito, lo que puede adoptar formas tales como, por ejemplo, la aprobación de normativa con base en el diálogo social. De esta manera, un ejemplo de una regulación que es esperable del Estado con base en la norma internacional citada sería la revisión de reglas que interfieran sobre una autónoma determinación del nivel de negociación colectiva y procedimientos para la reforma de normas que restrinjan la libre fijación de condiciones para el inicio de la negociación colectiva, como es el caso de la determinación del nivel de negociación. Otro ejemplo, con base en el mismo artículo cuarto del convenio 98, sería (siendo esto sujeto a un debate nacional contemporáneo) la erradicación de prácticas de mala fe en la negociación a fin de preservar que la voluntariedad, componente básico del ejercicio de este derecho, no sea instrumental para el abuso del derecho.¹⁴

De cualquier modo, la importancia que tienen los principios y derechos fundamentales en el trabajo exorbita al sistema mundial de la Organización Internacional del Trabajo: su impacto se puede rastrear también dentro del sistema regional Interamericano, y, desde luego, en el ámbito de los acuerdos comerciales, que se refieren a los instrumentos centrales contenidos en la Declaración del 98.

Así, puede rastrearse en los acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales de los que forma parte el Estado peruano la importante presencia y vigencia de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. De esta forma, se puede observar disposiciones de los capítulos laborales en los que se exige que ambas partes cumplan con los principios y derechos fundamentales establecidos en la Declaración del 98, como es el caso del acuerdo comercial entre Perú y Canadá de 2009 o el acuerdo entre nuestro país y los Estados Unidos de Norteamérica, del mismo año (OIT 2012a: 114).

También, se destaca (en este caso, dentro de una iniciativa comercial multilateral, como es el caso de la Alianza del Pacífico, en la que participan Chile, Colombia, México y Perú) el que tales países solicitaron que la Oficina Regional de la OIT conformase una alianza con la Organización Internacional de las Migraciones (OIM) y la Organización Internacional de la Seguridad Social (OISS) a fin de adoptar acuerdos comunes en materia de migración laboral en consonancia con los principios y lineamientos centrales de la Declaración del 98 (OIT 2018: 63).

14 Detrás de este tipo de conflicto de principios (voluntariedad y negociación de buena fe) se pueden rastrear ciertos pronunciamientos de órganos de control que validan la existencia del arbitraje potestativo. Tal es el caso del Informe definitivo núm. 365 (caso núm. 2934) y el Informe núm. 367 (caso núm. 2816), entre otros emitidos por el Comité de Libertad Sindical.

El efecto dimanante que, entonces, puede comprobarse todavía en la Declaración del 98 de la OIT puede comprobarse nítidamente en el ámbito del comercio internacional. Es por ello que el espectro de organismos que ejercen un control con respecto a la función estatal como Autoridad de Trabajo se ha ensanchado gracias a este fenómeno de las relaciones internacionales: por ello es que, en el marco del acuerdo comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica, ha sido objeto de queja ante la contraparte estadounidense el que “la autoridad estatal no hacía cumplir la legislación laboral en materia de negociación colectiva” (OIT 2012a: 116).

II. La intervención administrativa como objeto de la supervisión de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo

Como se recuerda, una larga experiencia internacional ha revelado que muchos Estados no honran los compromisos internacionales que asumen (GMIES 2011: 107). Por ello, la efectividad de los mínimos que los estándares internacionales proponen son objeto del análisis de parte de órganos de control constituidos específicamente para ser informados por los gobiernos de la aplicación de los convenios ratificados. El contenido de esa información, junto con el componente legislativo y jurisdiccional y al comportamiento del Estado como empleador, abarca también (de forma especialmente relevante) al desenvolvimiento de las funciones administrativas sobre las relaciones de trabajo, información ésta que suele ser un centro gravitante para la sustentación de avances palmarios en el análisis del comportamiento del poder público con respecto a un determinado asunto sobre el que se haya activado la supervisión.

Tal supervisión se practica típicamente respecto de dos órganos especializados, adscritos al Concejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo: *el Comité de Libertad Sindical* y *la Comisión para la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. La evaluación que efectúan de los estándares internacionales les otorga un sentido concreto a través del examen de quejas y casos, teniendo sus decisiones como características al rigor analítico y de razonamiento, lo que refuerza a los precedentes que sienta, muy a pesar de su falta de coercibilidad —en el sentido jurídico tradicional— para los Estados Miembros (Compa 2014: 20).

En general, se ha anotado que la propia pragmática de los órganos de control ha perfilado su especialización al incorporar la posibilidad de que organizaciones

de empleadores y de trabajadores puedan añadir sus propios comentarios (Rodgers *et al* 2009:22). Este importante matiz robustece un proceso de supervisión del cumplimiento de normas internacionales como ningún otro mecanismo comparable en el ámbito de las relaciones internacionales, pues el carácter tripartito no solamente define al procedimiento en sí, sino que también se extiende a la composición del órgano de aplicación.

Además, debe subrayarse que este marco recursivo tiene, precisamente, en las Administraciones de Trabajo a actores singulares: en buena medida son agentes pasivos de la supervisión; y es gracias a la acción ejercida desde sus competencias como las observaciones planteadas pueden ser superadas. Además, en coordinación con otras entidades estatales, preparan y canalizan la información a ser objeto de reporte ante las instancias internacionales.

Junto con lo indicado, debe sumarse también a otro impacto relevante que tiene el ejercicio de la supervisión por los órganos de control al identificar brechas de hecho o de derecho existentes para la consecución de determinado estándar internacional. Esta función permite identificar las necesidades de cooperación internacional que son desplegadas desde otros órganos de la propia OIT y otros actores distintos. Esta función no deja de ser relevante en el balance que la propia organización efectúa al ejecutar su supervisión y al evaluar, además, la actualización de normas internacionales de trabajo o al emitir recomendaciones o declaraciones respecto de un número de asuntos.

1. El Comité de Libertad Sindical y la administración del trabajo

Los gobiernos nacionales pueden ser objeto de quejas por presuntas violaciones contra la libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga, para el examen del Comité de Libertad Sindical, que es definido como un órgano tripartito dentro del seno del Consejo de Administración de la OIT. El mecanismo por el que se activa su competencia supervisora es el de la *queja*, la misma que lleva a que sean los gobiernos nacionales, a través de sus administraciones del trabajo, quienes formulen las respuestas frente a lo denunciado.

Bajo tal perspectiva, adquiere sentido el que el propio Comité de Libertad Sindical declare que sus conclusiones en casos específicos “tienen por objeto orientar a los gobiernos y autoridades nacionales para su debate y las medidas que deben adoptarse para dar seguimiento a sus recomendaciones en el ámbito de la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva” (OIT 2018b: 1).

Los casos sometidos al control del Comité de Libertad Sindical pueden culminar en *informes definitivos* (lo cual agota la supervisión respecto del caso objeto de queja), o en informes provisionales (a la espera de que se aporten mayores elementos para un juicio más concluyente). Asimismo, también es posible que, a propósito de un caso, este órgano de control establezca la necesidad de efectuar un *seguimiento*. También, el caso puede terminar también en una solicitud de provisión de información sobre la evolución del caso examinado. Finalmente, los casos pueden llegar a ser cerrados a través de acuerdos *inter partes*, por el cumplimiento, por parte del gobierno, de las recomendaciones del Comité o por la decisión del órgano que sustenta la inexistencia de violación alguna contra la libertad sindical.

Desde luego, el resultado del seguimiento practicado respecto de un Estado miembro cuya situación ha sido individualizada por el Comité de Libertad Sindical puede permanecer abierto a fin de que este órgano determine si se tomaron acciones concretas respecto de la problemática advertida (supuesto en el cual el caso es denominado “en seguimiento”). Sin embargo, desde hace poco tiempo se aplica un plazo de caducidad para casos ni graves ni urgentes, por la cual si tras dieciocho meses de inactividad por parte del gobierno, del querellante o del propio Comité (OIT 2018b: 1).

110 Como recuerda el propio órgano de aplicación, la OIT se ha creado para promover mejoras en las condiciones de trabajo y para promover la libertad sindical, por lo que tales asuntos no corresponden ya al dominio reservado de los Estados, siendo ello parte del mandato dispuesto por ellos mismos para alcanzar los objetivos internacionales (OIT 2018c: 5).

El enjuiciamiento de las actividades administrativas por parte de la autoridad de trabajo comprende a una vasta pragmática del Comité de Libertad Sindical. Cuando se acude a la conocida recopilación de pronunciamientos de dicho Comité, se evidencia que el riesgo del intervencionismo administrativo sobre la autonomía colectiva resulta un asunto de frecuente preocupación para el órgano. En atención a tal pragmática, entre nosotros, Villavicencio (2010: 188) ha subrayado los numerosos resultados tangibles que este órgano de la OIT ha alcanzado en defensa de la libertad sindical, cuando, entre otros aspectos, destaca la supresión de facultades administrativas para disolver o suspender organizaciones sindicales, trasladándose esta facultad a la esfera jurisdiccional.

Así, es posible encontrar referencias a la incompatibilidad de la intrusión de la administración pública del trabajo en asuntos de *autonomía organizativa* —como es el caso del control administrativo sobre los procesos electorales— (OIT 2018c:

120). En sentido congruente, se ha declarado que todo sistema que inscripción obligatoria de los sindicatos a una autoridad administrativa que deposita tal decisión en un ejercicio discrecional resulta contrario al derecho de libertad sindical. En la lógica del Comité, no resulta justificado el que se deniegue una inscripción sindical a una organización de trabajadores por considerarse que su ámbito de acción desborda los asuntos propiamente laborales (OIT 2018c: 82) ni que se exija la autorización previa para cada sindicato que quisiera conformar una organización de grado superior (OIT 2018c: 196). Del mismo modo, se entienden proscritas las facultades administrativas de interferir en la organización sindical, —como ocurre cuando se destituye por resolución administrativa a dirigentes sindicales (OIT 2018c: 124)— o en la toma de decisiones —como ocurre cuando se anula una decisión adoptada en asamblea a petición de un número minúsculo de afiliados del sindicato— (OIT 2018c: 129) y, en general, se entiende totalmente proscrita la posibilidad de disolución y suspensión de los sindicatos por vía administrativa (OIT 2018c: 188).

El Comité también ha criticado, desde el contenido de la libre sindicación, la existencia de un burocrático “reglamentarismo” para autorizaciones de las que depende el ejercicio de la libertad sindical (OIT 2018c: 85). En cambio, sí se han validado determinadas prácticas administrativas cuyo fin parece legítimo, tal y como ocurre con la validación de los libros de contabilidad de las asociaciones sindicales de parte de ministerios de trabajo (OIT 2018c: 134).

Los ejemplos de injerencia sobre la *autonomía normativa* son también amplios, debido a que este es un uso lamentablemente extendido en la práctica comparada. De esa forma, el Comité de Libertad Sindical ha enfocado el límite que debe observar la actuación administrativa para preservar el derecho de negociación colectiva. En ese sentido, se ha declarado que los gobiernos no deben imponer coercitivamente la negociación colectiva a ninguna organización (OIT 2018c: 250), ni por una decisión de la autoridad de trabajo ni por la invocación a precedentes administrativos, en respeto del principio de negociación colectiva libre y voluntaria (OIT 2018c: 266). En el caso peruano, como se recuerda, el Comité de Libertad Sindical se pronunció estableciendo sobre este problema en particular, afirmando que es más compatible con el Convenio núm. 98 el que exista “un sistema de común acuerdo por las partes en el que en cada nueva negociación colectiva puedan hacer valer de manera concreta sus intereses y puntos de vista”.¹⁵

15 Este pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical tuvo lugar en el Informe núm. 338, Caso 2375 (Perú).

Del mismo modo, se ha considerado como contrario al derecho de negociación colectiva el que la Autoridad de Trabajo dictamine salarios y otras condiciones laborales que excluyen a la autonomía colectiva (OIT 2018c: 247), el que se sometan a las convenciones colectivas de trabajo a una aprobación pública por razones de “política económica” (OIT 2018c: 272 y 273) o el que la administración pública controle si las cláusulas del acuerdo colectivo pueden considerarse como “abusivas” (OIT 2018c: 279). En cambio, sí resultan compatibles con el derecho de negociación colectiva las disposiciones presupuestales que establecen topes salariales y aquellas otras que facultan a los ministerios de economía a emitir informes previos a las negociaciones colectivas a fin de velar por el respeto de tales límites (OIT 2018c: 280 y 283).

Con respecto al ejercicio de la *autotutela*, el Comité de Libertad Sindical ha recomendado que el control del número y ocupaciones a resolverse en un proceso de divergencia se deposite en un órgano independiente y no en competencias de un ministerio de trabajo— (OIT 2018c: 169 y 171). Asimismo, ha valorado negativamente el que existan requisitos que dificulten la autotutela colectiva, las desproporcionadas sanciones frente a una declaratoria de ilegalidad de huelga y el que un Ministerio de Trabajo intervenga en una huelga que no se haya producido en el ámbito estricto de los servicios esenciales (OIT 2018c: 177).

Adicionalmente, cabe destacarse que, para el Comité, el control de legalidad de la actuación administrativa es un punto de interés para evaluar si se preserva o no a la libertad sindical en un ordenamiento (OIT 2018c: 77).

Es pertinente recordar a la reforma de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, operada por la Ley 27912, que atendió parcialmente a un número de observaciones planteadas por el Comité de Libertad Sindical.¹⁶ Así, entre otros aspectos, restringió el intervencionismo administrativo sobre las relaciones industriales, como fue el caso de la racionalización de la obligación de las organizaciones sindicales de emitir informes a requerimiento de la Autoridad de Trabajo; la consideración como “servicios públicos esenciales” a aquellos cuya interrupción por una huelga pudiese causar cierto tipo de riesgo sobre *bienes*; la precisión de que la cancelación administrativa del registro de organizaciones sindicales solo puede ocurrir tras el mandato judicial de disolución; la reconducción de la posibilidad

16 Esta legislación fue adoptada como resultado del Informe núm. 291, emitido por el Comité de Libertad Sindical, respecto de las quejas contra el Perú cifradas en los casos 1648 y 1650. En aquella oportunidad, el órgano de la OIT dedujo 16 observaciones a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento.

del Estado de intervenir sobre una huelga (resolviendo el conflicto económico de forma directa) únicamente para casos excepcionales.

Más adelante, el Comité de Libertad Sindical ha tenido ocasión de referirse a la intervención administrativa sobre las relaciones colectivas de trabajo. Es así como, en el Caso 2375,¹⁷ el órgano de la OIT se reafirmó en la primacía del voluntarismo, expresada en el artículo 4 del Convenio núm. 98 de la OIT que, respecto de interferencias estatales —dentro de ellas, a la intervención administrativa— establece que la determinación de un asunto asaz polémico como el del nivel de la negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes, motivo por el cual “dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa de trabajo”. En cuanto al conflicto en concreto, la resolución del Comité deja lugar a la posible arbitración del conflicto por un organismo “realmente independiente”; mientras que, en cuanto al marco regulatorio, sugiere al gobierno que invite a las organizaciones de trabajadores y empleadores más representativas a fin de establecer un mecanismo que resuelva los conflictos sobre determinación de la negociación colectiva.¹⁸

2. La Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones y la administración del trabajo

Este órgano tiene un ámbito material de actuación más amplio, el mismo que se refiere a los convenios internacionales de trabajo, en su totalidad. Como bien advierte la propia Comisión, al cabo de la revisión de las memorias e informaciones presentadas por los Estados, debe “señalar a la atención de la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia todos los textos legislativos y todas las prácticas nacionales que no son conformes a los convenios, e indicar la gravedad

17 Caso originado por una queja presentada por la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP) y la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO), ante el criterio sentado en la Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de marzo de 2003, recaída en el expediente 261-2003-AA/TC. En ese pronunciamiento, el Alto Tribunal convalidó una resolución administrativa que ordenó al citado gremio de la construcción a instalar una mesa de negociaciones con un sindicato en el nivel de la rama de actividad.

18 Informe N° 338, correspondiente al Caso 2375 (Perú). Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, noviembre 2005, párrafo 1226. Como fluye de la experiencia nacional posterior, se observa que el arbitraje colectivo laboral ha venido a ocupar esas veces, aunque sin que se haya intentado lograr por la vía de la concertación laboral esta fórmula de composición de conflictos incidentales, pero sí tremendamente importantes, como es la determinación de un aspecto crucial de la negociación colectiva.

de ciertas situaciones” (OIT 2013*b*: 5). No obstante, el papel legitimado de este órgano de supervisión no deja de asentarse en el mandato reconocido por los propios gobiernos, de tal forma que la validez y reconocimiento del que gozan sus observaciones, solicitudes directas y estudios generales determina su mayor o menor éxito al lograr orientar la orientación legislativa y práctica de los Estados miembros (OIT 2013*b*: 13)

Ahora bien: es notable que el ámbito de control no se limita a los convenios ratificados por los Estados miembros: también este se extiende, conforme con el artículo 19 de la Constitución de la OIT, a los convenios no ratificados por algún gobierno, como hemos anotado antes. Si bien esta es una facultad que deviene en un ejercicio atenuado de la supervisión, no deja de ser importante el efecto que, en el tiempo, puede verificarse de ello pues así se afirma la unicidad de la comunidad de naciones que forman parte de la OIT: si bien el acto de la ratificación supone la voluntad de incorporar al derecho interno la exigibilidad del estándar adoptado, el vigor de un determinado estándar no ratificado no deja de generar un efecto jurídico en aquellas naciones que aún no ratifican dicho precepto, pudiendo convertirse la vía de la supervisión en una forma de componer posibles visiones discrepantes respecto de una más argumentada que fáctica imposibilidad de ratificar un determinado convenio no ratificado.

Es remarcable que la supervisión efectuada tiene efectos bastante relevantes en la afirmación del sistema internacional estudiado. En particular, conviene subrayar que tal acción de control, en su aplicación constante, ha ido reforzando la legitimidad de esta comunidad internacional de naciones en la actuación respecto de los Estados nacionales, consolidando así la internacionalización del Derecho del Trabajo dentro de cada uno de tales ordenamientos jurídicos. Y, desde luego, este efecto no hace sino fortalecer en el tiempo la legitimidad del sistema de la OIT, generando una conciencia de obligatoriedad sobre los lineamientos y comentarios planteados respecto de la realidad nacional.

De esta manera se observa que en años recientes el Perú ha sido objeto de sendas solicitudes directas de parte de la Comisión, a fin de aclarar algunos aspectos vinculados al trabajo de la gente de mar, esto a raíz de dos instrumentos internacionales ratificados por nuestro país en 1962.¹⁹ De forma análoga, se mantiene una observación de la Comisión por la falta de compatibilidad entre el artículo 2

19 Nos referimos al Convenio núm. 55, sobre las obligaciones del armador en caso de enfermedad o accidentes de la gente de mar, 1936; y el Convenio núm. 56, sobre el seguro de enfermedad de la gente de mar, 1936 (núm. 56).

del Convenio núm. 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, y la Ley 28518, Ley sobre modalidades formativas, que no reconoce de forma explícita la libertad sindical de quienes prestan servicios en el marco de las modalidades formativas (OIT 2013: 161). También se registran observaciones reiteradas de la Comisión con respecto a la limitante regulación del ejercicio del derecho de huelga en el país, respecto de los servidores civiles (Ley 30057, Ley del Servicio Civil).

Por otro lado, la Comisión ha llamado al gobierno del Perú, con referencia a los convenios núm. 138 (sobre la edad mínima, 1973) y núm. 182 (sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999) a intensificar los esfuerzos para la eliminación progresiva del trabajo infantil, enfatizando en la información ha reportarse que se desprenda de la aplicación del instrumento de política pública aprobado por el país. Además, entre otras medidas de diversa índole, el órgano enfatizó que además incrementarse la fuerza y capacidades de la inspección del trabajo en el ámbito de la minería artesanal (OIT 2012*b*: 457 y 459).

En cuanto al diálogo social, la Comisión de Expertos ha invocado más de una vez al gobierno peruano a que informe sobre la incorporación de la voz representativa de actores sociales en diversos aspectos diversos de la política de trabajo, como la empleabilidad o la lucha contra la informalidad laboral (OIT 2012*b*: 803). Igualmente, debe subrayarse el impulso que desde este órgano se ha efectuado en la lucha contra el trabajo forzoso, al requerirse al gobierno a que adopte medidas para la creación y buen funcionamiento de las comisiones regionales que incorporan al diálogo social para ese fin (OIT 2013*b*: 290). Y es que, como se ha anotado al revisarse las modernas tendencias sobre gobernanza laboral, las relaciones cooperativas reforzadas con actores sociales y otras organizaciones civiles en el desarrollo de políticas y programas coadyuvan a la mejora de la cobertura y efectividad de los sistemas nacionales de Administración del Trabajo (Hastings y Heyes 2016: 27). Desde luego, esto conecta con una idea de democracia deliberativa en el ámbito del mundo del trabajo, lo que viene siendo fomentado por la OIT incluso desde la promoción de la participación en el desarrollo de políticas de trabajo (Papadakis 2006: 8-10).

III. La Administración del Trabajo y la asistencia técnica

Por último —y no por ello con menor importancia— es importante mencionar la crucial función de la OIT al ser un generador y canalizador de cooperación

internacional para los Estados. Desde luego, de ello se benefician principalmente para quienes se encuentran en una posición de mayor dificultad para cumplir con los estándares internacionales establecidos por la OIT. Como recuerda la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, es posible que un Estado cuyo caso individual se haya discutido, sea invitado a recibir una misión de asistencia técnica de la OIT, “a fin de ayudarlo a estar más preparado para dar cumplimiento a sus obligaciones” (OIT 2013*b*: 4).

Tal y como se ha adelantado, esto mismo aparece reconocido en la Declaración del 98 de la OIT (puntos a, b y c del artículo 3), donde se recoge ampliamente al concepto de cooperación internacional, abarcando la viabilidad de la ratificación y aplicación de convenios fundamentales, el respeto de los principios y derechos fundamentales contenidos en tales convenios y (en un punto que es especialmente relevante para nuestro país) en el auxilio de la conformación de un entorno favorable al desarrollo económico y social.

Como antecedente relevante, se recuerda que este lineamiento de acción para la OIT es pronunciado en términos similares desde la Declaración de Filadelfia de 1944, cuando se recuerda la misión de la organización respecto al fomento de programas que incidan en el mundo del trabajo para lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida (punto *a* del acápite II).

Asimismo, con posterioridad a la Declaración del 98, este mismo desarrollo ocupa un lugar propio dentro del Anexo de Seguimiento de la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008), que comprende, dentro de la acción de asistencia prestada desde la OIT a sus miembros, a la *Asistencia técnica y servicios de asesoramiento*. Así, afirma que, a iniciativa de cualquiera de los mandantes tripartitos, se proporcionará aquella asistencia apropiada que permita a los Estados a alcanzar los objetivos estratégicos de dicha declaración.

Pero la cooperación no solamente es unidireccional (desde el ámbito supranacional hacia los Estados). La OIT también promueve la adopción de medidas coordinadas de derecho interno que generen cooperación entre los gobiernos nacionales, para la gobernanza laboral de asuntos que desbordan sus competencias territoriales. Esto ocurre señaladamente con la *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social* (1977 y 2006). En particular, esto se anuncia en el tercer objetivo de la declaración citada, respecto de las medidas para la contribución positiva desde el espacio transnacional, “en los ámbitos de la administración del trabajo y la inspección pública del trabajo” y, como siempre, con la participación de los actores sociales.

Esto es un asunto más urgente para los países con un menor desarrollo económico y/o institucional, como es el caso del Perú, en el que se registra un número de asuntos en donde la OIT ha sido requerida para la prestación de valiosa asistencia técnica a través de medios como las auditorías de los sistemas de administración e inspección del trabajo, tal y como ha ocurrido respecto del Perú, a solicitud del propio gobierno (OIT 2011: 13).

Otra forma de asistencia es la provisión de especialistas que pueden conducir acciones coordinadas con funcionarios y organizaciones del ámbito doméstico, el impulso de investigaciones y estudios aplicados a aspectos determinantes para la generación de evidencias importantes para el encausamiento de la actividad administrativa o regulatoria. Así, por ejemplo, se conocen experiencias en las que la OIT ha brindado asistencia técnica a gobiernos nacionales para desarrollar sistemas informáticos, lo que ha ocurrido en países como Sri Lanka (Hastings y Heyes 2016: 36) y también en Perú (con el desarrollo del Sistema Informático de Inspección del Trabajo). Y es que, como recuerda la doctrina, el margen existente entre los estándares internacionales y la práctica y normativa nacional puede tener origen en el bajo nivel de desarrollo económico e institucional y motiva a que la OIT sea requerida constantemente para la prestación de colaboración en la forma de “asistencia técnica” para el cumplimiento de las normas, asunto que para la organización internacional viene siendo canalizado prioritariamente desde la aplicación de las normas fundamentales (Rodgers *et al* 2009: 25-26).

No solamente esta asistencia técnica puede ser agenciada por el Estado como interesado: también es posible que un órgano de supervisión de la OIT pueda alentar a un gobierno a que acuda a su asistencia técnica para abordar conclusiones y recomendaciones arribadas precisamente por el órgano de control. De hecho, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha dejado en claro, en uno de sus informes generales, que los incumplimientos graves de parte de Estados Miembros de sus obligaciones de enviar memorias y otras cuestiones ha motivado el refuerzo del seguimiento de los órganos de control, lo que en combinación con la asistencia técnica de la Oficina Internacional del Trabajo apunta a otorgar un marco de referencia eficaz para auxiliar a que los Estados cumplan con los estándares internacionales (OIT 2012*b*: 30)

Se aprecia entonces que, en el fundamento de la existencia de una comunidad de naciones en el trabajo, el papel de las administraciones del trabajo es determinante dentro de la realización de la idea de justicia social: son los Estados nacionales quienes forman parte del concierto internacional de países que participan no solamente de la formulación de la normativa internacional del trabajo, sino que

son, a su vez, importantes destinatarios de las obligaciones derivadas de los convenios internacionales del trabajo, sometiéndose a la supervisión de los órganos especializados que, en el seno de la OIT, ejercen control sobre el desenvolvimiento estatal respecto al cumplimiento o no de los estándares exigibles.

Lo que aquí interesa relevar es que, dentro de tales sistemas, la Autoridad Administrativa de Trabajo es, a su vez, objeto de regulación, responsable de la implementación de los estándares internacionales y destinatario de los esfuerzos para mejorar la aptitud de los Estados miembros de cara al cumplimiento de los estándares internacionales. Así, respecto de cada una de estas fases de relevancia estatal, señalamos que su actuación es objeto de análisis y evaluación no solamente para determinar las posibles “brechas” existentes entre la norma internacional y la legislación y/o las prácticas domésticas. También esta función de control puede ser de crucial utilidad para determinar el ámbito subjetivo y objetivo de la cooperación internacional, al determinarse *quienes* y con *qué* respecto es que ciertos Estados nacionales pueden ser agentes receptores de las acciones de asistencia técnica ordenada a propósito de los hallazgos establecidos por tales entes de supervisión.

Esta línea de acción nos da a conocer a una serie de funciones de la autoridad de trabajo como institución beneficiaria de formas de asistencia desde la OIT, lo que sin duda introduce nuevamente la relevancia de que los ministerios de trabajo. Ellos, como formuladores de la política laboral, deben contar con suficiente fuerza organizativa para el ejercicio de sus funciones dentro de un marco nacional que demanda que cuenten con medios de hecho reforzados para el cumplimiento de su misión. Esto último es cada vez más complicado dentro de entornos como el peruano, donde los ministerios que desarrollan actividad con incidencia en derechos sociales se encuentran comúnmente sujetos a un posicionamiento de minoridad frente a los ministerios que concentran mayores facultades de hecho para la planificación de los asuntos de trabajo. Hoy existe un velado consenso en que las políticas laborales vienen diseñadas por entidades que formalmente no tienen competencias en los asuntos de trabajo, lo que ha tenido diversos hitos históricos que prueban una tendencia de reducción de la administración laboral más aguda que la de otros sectores gubernamentales.

En vista de las necesidades que esta situación genera, la OIT ha creado un programa específico sobre Administración e Inspección del Trabajo (LAB/ADMIN) en abril de 2009, que brinda asistencia técnica basándose a los Estados mandantes a través de evaluaciones sistemáticas de necesidades de instituciones y servicios nacionales, en el marco de los instrumentos de política pública existentes a nivel doméstico (OIT 2011: 118).

Complementariamente, y en vista de que los ministerios de trabajo no tienen realmente un peso específico en muchos de los aspectos importantes de decisión interna estatal que se lleva luego a la palestra de las relaciones internacionales, razón por la cual se aprecia en la trayectoria de la OIT la pretensión de capacitar al personal de las administraciones del trabajo a fin de contribuir al empoderamiento del sector trabajo dentro de la toma de decisiones gubernamentales (Tapiola 2018: 82).

IV. Conclusiones

La reflexión de la posición central de la Administración del Trabajo como centro de referencia de las cargas del Estado como sujeto internacional en el Sistema de la OIT permite comprender la relevancia que tiene dentro de la satisfacción de los estándares laborales internacionales. Ante dificultades de naturaleza práctica que atraviesan los ministerios de trabajo hoy en día, parece quedar claro que hoy la Administración Pública del Trabajo debe fortalecer su actuación a partir de la vasta consideración al método del diálogo social.

Sobre la relevancia internacional de la función administrativa laboral, dentro del Sistema de la OIT su consagración amplia se constituye una base irreductible para tendencias flexibilizadoras, asegurando, cuando no un estándar básico internacional exigible para el Estado Peruano, al menos sí un método de formulación, evaluación, decisión y supervisión para tales iniciativas: el diálogo social. Este es un asunto central para cualquier aproximación a lo laboral, ya que, ciertos discursos y prácticas de gobernanza laboral suelen descuidar esta cuestión y asumen a la posición de la Autoridad de Trabajo bien como una autosuficiente y todopoderosa frente a los actores sociales (posición “fuerte” que suele incurrir en el intervencionismo respecto de manifestaciones de libertad como los derechos sindicales); o bien como un ejercicio de poder público subordinado a los formuladores de política públicos y hasta privados, lo que ocurre muchas veces dada la común estrechez del margen presupuestal de los ministerios de trabajo.

En una centuria, la propuesta de la OIT puede sintetizarse en la búsqueda de la justicia social, tal y como ha explicado el profesor Supiot. Así, “la experiencia ha demostrado plenamente el buen fundamento de la declaración contenida en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, según la cual una paz durable no puede ser establecida más que sobre la base de la justicia social” (2016: 19-20). No obstante, según el mismo autor, existe una extrema diversidad

entre cada realidad nacional, razón por la cual ese fraccionamiento interpreta a la justicia social según el entendimiento y tradición jurídica de cada Estado (Supiot 2016: 21). Por ese motivo, la intervención administrativa en las relaciones de trabajo posee una expresión muy importante desde la óptica internacional.

Desde luego, todo esto supone una posición normativa y de seguimiento o supervisión que efectúan diversos órganos al interior de la OIT sobre el nivel de cumplimiento que alcanzan los Estados miembros de la comunidad de naciones sobre las que resultan exigibles los tratados internacionales especializados: los convenios internacionales de trabajo de la OIT.

V. Bibliografía

ALIJA, Rosa

2010 “La aplicación de los convenios y recomendaciones de la OIT: el control de la aplicación de las obligaciones jurídicas internacionales de los estados en el marco institucional de la OIT” En *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*. Bonet, Jordi y Andreu Olesti (directores). Barcelona: Huguens Editorial, pp. 137-148.

BOLTAINA, Xavier

2015 “Intervención pública y administrativa en las relaciones socio-laborales: el nuevo paradigma Europeo y Latinoamericano” En *Derecho & Sociedad* núm. 46, pp. 65-77, Lima.

BRONSTEIN, Arturo.

2010 *Derecho Internacional y comparado del trabajo. Desafíos actuales*. Murcia: Plaza y Valdés Editores (pp.).

BONET, Jordi.

2010 “Las recomendaciones y otros actos normativos de la OIT” En *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*. Bonet, Jordi y Andreu Olesti (directores). Barcelona: Huguens Editorial, pp. 181-196.

CASALE, Giuseppe

2010 “Administración del Trabajo: el papel de la OIT”. En *A treinta años de la adopción del Convenio n°. 150 de la OIT sobre la Administración del Trabajo. Un diálogo entre Europa y América Latina*. G. Casale y J. Monereo (directores). Granada: OIT y Universidad de Granada.

COMPA, Lance

2014 “Re-Planting a Field: International Labour Law for the Twenty-First Century”. En *DigitalCommons@ILR*. New York City: Cornell University ILR School.

GIL, Jesús

2016 *Justicia social y acción normativa de la OIT* En *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, volumen 4, núm. 2, abril-junio, pp. 1-46.

Grupo de Monitoreo Independiente de El Salvador – GMIES

2011 *Manual básico de litigio internacional para la protección de los derechos laborales*. San Salvador: Unión Europea y GMIES.

HASTINGS, Thomas y JASON Heyes

2016 *Comparative developments in labor administration*. OIT: Ginebra.

MARTÍNEZ, Mireia.

2010 “Los Convenios de la OIT” En *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*. Bonet, Jordi y Andreu Olesti (directores). Barcelona: Hugyens Editorial, pp. 165-180.

Organización Internacional del Trabajo

2018a *Preparando el futuro del trabajo que queremos en las Américas a través del diálogo social*. Lima: Organización Internacional del Trabajo.

2018b *Presentación del informe anual para el período 2018 del Comité de Libertad Sindical*. Ginebra: OIT.

2018c *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*. Sexta edición. Ginebra: OIT.

2013a *El papel de la administración y la inspección del trabajo en la gobernanza de las Américas*. Lima: OIT.

2013b *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Ginebra: OIT

2012a “Fortalecer el cumplimiento efectivo de los principios y derechos fundamentales en el trabajo a nivel nacional: un objetivo capital” En *Principios y derechos fundamentales en el trabajo: del compromiso a la acción*. Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 101º reunión. Ginebra: OIT, pp. 5

2012b *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Ginebra: OIT.

2011 *Administración del trabajo e inspección del trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión*. Ginebra: OIT.

2003 *Labour administration. Convention N° 150*. OIT: Ginebra.

PAPADAKIS, Konstantinos

2006 *Socially sustainable development and participatory governance: legal and political aspects*. Ginebra: OIT.

RODGERS, Gerry; Eddy Lee; Lee Swepston y Jasmien Van Daele

2009 “El sistema de normas internacionales de trabajo” En *La organización internacional del trabajo y la lucha por la justicia social 1919-2009*. Ginebra: OIT, pp. 20-27.

SUPIOT, Alain

2016 “¿Cuál es la justicia social internacional para el siglo XXI?” *Laborem* núm. 18, pp. 19-41, Lima.

TAPIOLA, Kari

2018 *La declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 - Una poderosa herramienta de la OIT*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

TORROJA, Helena

2010 “La aplicación de las normas internacionales del trabajo” En *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*. Bonet, Jordi y Andreu Olesti (directores). Barcelona: Hugyens Editorial, pp. 71-88.

VILLAVICENCIO, Alfredo

2010 “La libertad sindical en las normas constitucionales de origen internacional: su condición de patrimonio jurídico universal” y “La protección de la libertad sindical”. En *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Lima: Programa Laboral de Desarrollo, pp. 64-74 y 186-196.

LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA EN LA OIT Y LOS ÓRGANOS DE CONTROL, A PROPÓSITO DE LA NORMATIVA PERUANA

CÉSAR GONZÁLES HUNT*

ANDREA VALENCIA GARGUREVICH**

RESUMEN: La finalidad del presente artículo es determinar si existe una regulación del derecho de huelga tanto en la OIT como en el Comité de Libertad Sindical; y a partir de ello, analizar si nuestra legislación se encuentra obligada a seguir los lineamientos estipulados por aquellos. De acuerdo a dicho análisis, se realizará una comparación entre las recomendaciones del CLS con lo regulado en la legislación peruana, a efectos de determinar si existen variaciones sustanciales que requerirían una modificación con la intención de tener una normativa acorde con lo regulado por la OIT.

PALABRAS CLAVE: Huelga – OIT – Comité de Libertad Sindical

SUMMARY: The purpose of this article is to determine whether there is a regulation of the right to strike both in the ILO and in the Committee on Freedom of Association, and from there on, analyze if our legislation has the obligation to follow the guidelines given by them. In relation to said analysis, there will be a comparison between the recommendations of the CFA and the regulation in the Peruvian legislation, in order to determine if there are any substantial variations that would require a modification with the intention to obtain a regulation that matches what is regulated by the ILO.

KEYWORDS: Strike – ILO – Committee on Freedom of Association

* Máster en Estudios Avanzados en Seguridad Social I Edición por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Seguridad Social de la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú. cgonzales@ghlaboralistas.com

** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunta de docencia del curso de Derecho Laboral Especial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada del Estudio Gonzales Hunt – Abogados Laboralistas. avalencia@ghlaboralistas.com

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿El derecho de huelga se encuentra regulado por los convenios de la OIT? 1. *El convenio 87 de la OIT.* 2. *¿Aplicable al Perú?: Bloque de Constitucionalidad.* 3. *Importancia de los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical.* III. ¿Cómo son las huelgas en el Perú? 1. *Breve estadística.* 2. *Requisitos para ejercer el derecho de huelga* 3. *Declaración de improcedencia e ilegalidad de la huelga.* IV. Pronunciamientos del comité de libertad sindical en contraposición con lo regulado en el Perú. 1. *Formas de ejercicio del derecho de huelga* 2. *Clasificación de los servicios públicos esenciales.* 3. *Determinación de la procedencia de la huelga.* V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

El derecho de huelga nace como un mecanismo de presión de parte de los trabajadores hacia el empleador, a fin de equilibrar la desigualdad originaria de las partes dentro del contrato de trabajo, y con ello, conseguir mejoras laborales y sociales.

Nuestra Constitución vigente ha optado por regular el derecho de huelga de forma diferenciada del derecho de sindicación y de negociación colectiva, en tanto que, mientras los segundos son “garantizados” y “fomentados” respectivamente, el derecho de huelga es únicamente “regulado”.

Si bien ello no implica, o no debería implicar, que el derecho de huelga es un derecho menos protegido, la literalidad del artículo constitucional y su posterior regulación legislativa han hecho de este derecho uno poco ejecutable. Ello, en tanto la declaración de procedencia del derecho de huelga conlleva el cumplimiento de exhaustivos requisitos que implican que este no tenga la eficacia necesaria para garantizar su finalidad.

Así las cosas, de acuerdo al documento de trabajo “Las huelgas en el Perú 2018” elaborado por la Oficina de Estadística de la Oficina General de Estadística y Tecnologías de la Información y Comunicaciones del Ministerio de Trabajo, se ha dado cuenta de que en el año 2018, “el registro de huelgas realizadas por los trabajadores sujetos a la actividad privada a nivel nacional fue de 54 huelgas (...)” (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2019).

De dichas 54 huelgas, la gran mayoría fueron declaradas improcedentes o ilegales, siendo que fueron unas cuantas las declaradas procedentes, y, por tanto, aquellas que pudieron gozar de la eficacia necesaria para tratar de conseguir su finalidad. Ello puede apreciarse en el siguiente gráfico:



Fuente: (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2019, pág. 16)

De esta forma, se puede apreciar respecto a las huelgas en el Perú, que además de representar un número muy reducido en su plasmación, la mayoría de las mismas son declaradas improcedentes o ilegales por no cumplir con los requisitos impuestos en la legislación.

Es por ello que, a efectos de determinar la causa de lo mencionado, analizaremos la regulación nacional en comparación con lo establecido por la OIT y sus órganos de control, con la intención de verificar si es que nuestra regulación garantiza de forma adecuada el derecho de huelga.

II. ¿El derecho de huelga se encuentra regulado por los convenios de OIT?

el Perú ha ratificado 76 Convenios de la OIT, dentro de los cuales se encuentran los 8 convenios fundamentales, siendo dos de ellos, el Convenio 87 y el Convenio 98, aquellos que versan sobre el derecho de sindicación.

En ninguno de dichos convenios se menciona la palabra “huelga”; sin embargo, ello no implica que el derecho de huelga no haya sido regulado por la OIT, toda vez que existen ciertos términos, sobre todo en el Convenio 87, que nos llevan a determinar que sí está presente en la regulación.

1. El Convenio 87 de la OIT

El Convenio 87 de la OIT, denominado Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación fue ratificado por el Perú el día 02 de

marzo de 1960 y actualmente se encuentra en vigor. Este Convenio tiene como finalidad establecer las obligaciones que tienen los miembros de la OIT respecto de su regulación interna a fin de garantizar los derechos mínimos que deberán otorgar a sus trabajadores para el ejercicio de la libertad sindical.

Dentro de dichas obligaciones, el artículo 3 inciso 1 señala que “las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.” Si bien de una lectura literal del artículo no se expresa que exista una regulación sobre la huelga, al señalar que las organizaciones de trabajadores y empleadores tienen el derecho de formular su programa de acción, se puede derivar de ello que tienen el derecho de definir las actividades que realizarán con el fin de garantizar sus objetivos.

En ese sentido, dado que la huelga es el mecanismo más efectivo de procurar la consecución de mejoras laborales y sociales, consideramos que, a través del citado artículo, la OIT se encuentra regulando dicho derecho, apuntando que serán las organizaciones de trabajadores quienes formularán el programa de acción.

De esta manera, se puede concluir que la OIT sí ha regulado el derecho de huelga, específicamente en el Convenio 87, siendo que, como veremos más adelante, sus órganos de control han emitido diversas recomendaciones y pronunciamientos respecto de dicha materia. Ahora bien, una vez establecido que el Convenio 87 de la OIT regula el derecho de huelga, corresponderá determinar si es que el mismo es aplicable al Perú.

2. ¿Aplicable al Perú?: Bloque de Constitucionalidad

En efecto, el Perú ratificó el Convenio en mención, el día 02 de marzo de 1960, motivo por el cual se encuentra obligado a respetar lo dispuesto por este. Lo que restaría determinar es el rango normativo que tiene este Convenio en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, requeriremos analizar lo dispuesto por los artículos 3, 55 y la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, en tanto son aquellos los que nos dan la pauta para determinar cómo se aplican los convenios ratificados por el Perú en materia de Derechos Fundamentales.

En primer lugar, el artículo 55° señala que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional, por lo cual, si bien tomamos en

cuenta que el Convenio 87 forma parte del derecho nacional, quedaría identificar el rango que se le brinda en nuestro ordenamiento jurídico.

A efectos de ello, se requiere de una lectura conjunta entre el artículo mencionado, la IV Disposición Final y Transitoria y el artículo 3 del mismo cuerpo normativo. En efecto, la IV Disposición Final y Transitoria señala que las normas relativas a derechos y libertades que nuestra Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú.

En ese sentido, dado que un derecho constitucional no puede ser interpretado por una norma de menor jerarquía, se puede concluir que los convenios en materia de derechos fundamentales ratificados por el Perú tienen rango constitucional, incluyéndose estos en la lista de derechos constitucionales. Ello resulta posible en tanto que el artículo 3 de la Constitución señala que los derechos constitucionales listados en el Capítulo 1 de la Constitución son enumerativos, pudiendo incluirse más derechos en dicha lista.

De esta interpretación, se puede concluir que las disposiciones del Convenio 87 de la OIT se suman a nuestro ordenamiento jurídico como normas de rango constitucional, siendo que las leyes y demás normas de menor jerarquía deberán respetar lo dispuesto por este Convenio. Sin embargo, la normativa nacional no solo debería respetar lo dispuesto en los convenios ratificados, sino que también deberían tomar en cuenta las recomendaciones efectuadas por los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo, toda vez que, será a través de esta que se determinará cómo deben ser interpretadas dichas disposiciones.

3. Importancia de los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical

Como se ha mencionado en el acápite anterior, consideramos de relevante importancia tomar en cuenta los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, en tanto que aquellos dan la pauta sobre una correcta regulación de los derechos invocados, con el fin de garantizar la eficacia de los mismos.

Al respecto, vemos conveniente reseñar que el Comité de Libertad Sindical es un órgano tripartito que tiene como misión revisar las quejas interpuestas en materia de sindicación en contra de los Gobiernos, con la finalidad de brindarle a los mismos orientación respecto de las acciones a tomar para que sus legislaciones respeten los derechos de los trabajadores en dicha materia. Así, al tener las reco-

mendaciones emitidas por dicho órgano de control una finalidad orientadora, los Gobiernos no se encuentran obligados a respetarlas ni a modificar sus legislaciones o sus acciones en virtud de lo señalado. Sin embargo, por tratarse de opiniones formuladas por un órgano propio de la organización que emitió el Convenio, podemos concluir que será de esta manera, la forma como los Gobiernos deberían actuar a fin de garantizar el derecho afectado.

En ese sentido, si bien las recomendaciones emitidas por el Comité de Libertad Sindical, no son vinculantes, sí representan la forma correcta de interpretación y ejecución de los derechos plasmados en los Convenios de la OIT, no pudiendo dejarlos de lado, en tanto serán aquellos los que darán la pauta sobre la correcta reglamentación de los mismos.

De esta manera, si bien las recomendaciones emitidas por el órgano de control en mención no son vinculantes, será necesario tomarlas en cuenta con la finalidad de garantizar el ejercicio pleno de los derechos colectivos, dentro de los que se encuentra, específicamente, la huelga, materia del presente artículo.

Similar opinión manifiesta Javier Neves, quien señala que:

“El bloque se extiende, en nuestra opinión, no solo al texto del tratado sino también a la jurisprudencia que sobre él ha nacido de los órganos de control de la organización internacional que lo produjo. Si se acudiera únicamente al tratado y no a la jurisprudencia, el organismo jurisdiccional de cada país podría darle al primero un significado particular, con lo que un mismo texto tendría lecturas distintas en los diversos Estados suscriptores.” (Neves Mujica, 2018, pág. 79)

Además de ello, el mismo autor nos indica que tal interpretación no se limita a los órganos legislativos, sino también a los órganos judiciales, por cuanto la Décima Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo señala que los derechos colectivos se interpretan de conformidad con los convenios sin perjuicio de consultar los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (Neves Mujica, 2018, pág. 79).

Por tanto, parece claro que, a fin de tener una regulación y una jurisprudencia garantizadoras de los derechos colectivos, no basta con respetar lo dispuesto por los Convenios ratificados por el Perú, sino que también deberá respetarse los pronunciamientos de los órganos de control de las organizaciones que emiten aquellos.

III. ¿Cómo son las huelgas en el Perú?

Como ya se mencionó en la introducción del presente artículo, las huelgas en el Perú suelen ser escasas, además de ser declaradas improcedentes e ilegales en su gran mayoría, situación por la cual no podría señalarse que este derecho se encuentre plenamente garantizado por nuestro ordenamiento jurídico.

1. Breve estadística

La Oficina de Estadística del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo recientemente ha emitido un documento de trabajo sobre las huelgas en el Perú por el año 2018, a través del cual nos muestra una visión respecto de cómo se ejerce el derecho de huelga en nuestro país, brindándonos con la mayor exactitud el número de huelgas realizadas por dicho periodo.

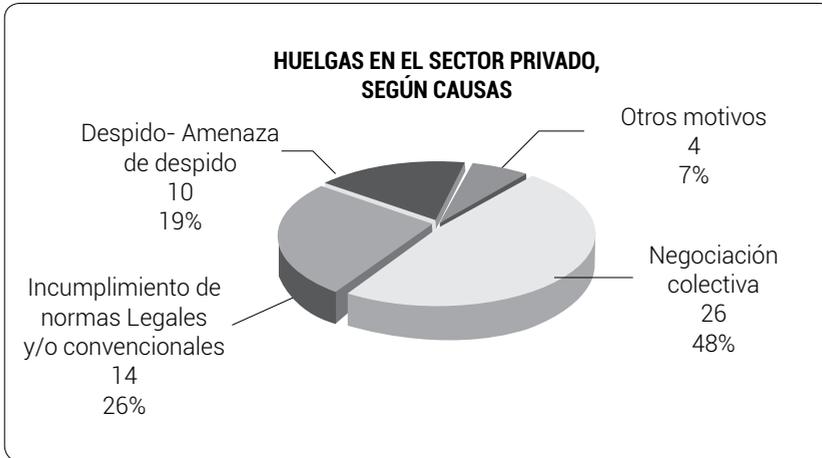
Así, podemos identificar en dicho documento que, si bien ha habido un aumento respecto de las huelgas ejercitadas en el 2018 respecto del 2017, aún sigue siendo un número bastante reducido en comparación con otros países de la región. A modo de ejemplo, mientras que en el Perú en el año 2017 se realizaron 45 huelgas en el sector privado, en Argentina se llevaron a cabo 334 conflictos, es decir, más de 7 veces el número de huelgas de nuestro país.¹ Por su parte, en Chile, en el mismo año, se realizaron 202 huelgas, entre las legales y extralegales, siendo, de igual manera, un número mucho mayor que las realizadas en el Perú.² Estas cifras podrían ser un indicativo de la existencia de un problema dentro de nuestro país respecto de las huelgas, dado que el número de ellas es mínimo en comparación con los países antes mencionados.

Sin embargo, no solo sería alarmante el reducido número de huelgas en el Perú, sino que es aún más preocupante el número de huelgas declaradas procedentes por el órgano competente, siendo únicamente 8 huelgas en el año 2018 las que tuvieron tal calificación en comparación con las 54 huelgas que se materializaron en dicho año.

1 Información tomada del documento denominado “La conflictividad laboral en el año 2017” elaborado por la Dirección de Estudios de Relaciones de Trabajo, Subsecretaría de Políticas, Estadísticas y Estudios Laborales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

2 Información tomada del “Informe Huelgas Laborales en Chile 2017” emitido conjuntamente por el Observatorio de Huelgas Laborales, la Universidad Alberto Hurtado y el Centro de Estudios de Conflicto y Cohesión Social.

Además de dicha estadística, el documento nos indica los motivos a los que se debieron la huelga, lo cual se puede apreciar en el siguiente gráfico:



Fuente: (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2019, pág. 14)

De esta forma, podemos ver que, de las 54 huelgas realizadas, únicamente fueron 14 las realizadas debido al incumplimiento de normas legales y/o convencionales, pudiendo explicarse esto debido a los requisitos necesarios para la materialización de dicha medida. En atención a ello es que se revisarán los requisitos de procedencia de la huelga con la finalidad de revisar si los mismos son adecuados y garantizan el ejercicio del derecho.

2. Requisitos para ejercer el derecho de huelga

El derecho de huelga se encuentra regulado en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo aprobado por Decreto Supremo N°010-2003-TR y su reglamento, siendo que se señala como premisa, que la única modalidad de huelga pasible de ser declarada procedente es aquella acordada mayoritariamente y que se materializa con suspensión total de las actividades debiendo abandonar el centro de trabajo, pues, cualquier otra modalidad es considerada irregular por nuestra legislación.

De esta forma, se puede apreciar que existe una regulación restrictiva de la huelga, al permitir únicamente una sola modalidad de ejercicio. Lo mismo ocurre con los requisitos para efectuar la misma, en tanto se trata de requisitos

exhaustivos, que impiden que la huelga pueda materializarse y ser declarada procedente.

Respecto del objetivo de la huelga, se señala que debe representar la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos. Además, al tener que ser acordada mayoritariamente por los trabajadores, se exige que el acta de asamblea que contenga dicha decisión debe ser refrendada ya sea por Notario Público, o a falta de este por el Juez de Paz de la localidad.

Por otro lado, se estipula que la misma debe ser notificada tanto a la Autoridad Administrativa de Trabajo como al empleador con 5 días hábiles de anticipación o 10 días hábiles en caso de tratarse de servicios públicos esenciales, adjuntando para ello también el acta de votación correspondiente. En este punto, vemos pertinente resaltar la larga lista que la legislación ha previsto como servicios públicos esenciales, lo que será analizado en el siguiente acápite.

En adición, se deberá presentar la nómina de los trabajadores que deberán seguir laborando durante el ejercicio de la huelga tratándose de servicios esenciales y de labores indispensables.

Respecto de la huelga en casos de negociación colectiva, se indica que la misma supone el agotamiento de la negociación directa y que no puede haber sido sometida a arbitraje; y, por su parte, en caso de tratarse de una huelga por incumplimiento de obligaciones laborales y/o convencionales, solo podrá realizarse cuando el empleador se haya negado a cumplir la resolución judicial consentida o ejecutoriada. Esto último implicaría que, dada la duración que tiene un proceso judicial en nuestro país, el sindicato recién podría declarar una huelga por dichos motivos, entre 4 y 5 años después del incumplimiento de las obligaciones laborales.

Finalmente, no solo basta acreditar todos esos requisitos, sino que también se requiere que el Secretario General del Sindicato o, quien haya sido designado en Asamblea para tales efectos, presente una Declaración Jurada del cumplimiento de los requisitos antes señalados.

3. Declaración de improcedencia e ilegalidad de la huelga

Nuestra legislación ha dispuesto que será la Autoridad Administrativa de Trabajo quien determine la declaración de procedencia, improcedencia y/o ilegalidad

de la huelga en el caso del sector privado, siendo que en el caso de los trabajadores sujetos al régimen público la declaración de improcedencia e ilegalidad será determinada por la Comisión de Apoyo al Servicio Civil; sin embargo, mientras no se implemente dicha comisión, la declaración de improcedencia se encontrará a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo, mientras, la ilegalidad será determinada por el titular del sector correspondiente o por el jefe de pliego correspondiente o por el jefe de la institución respectiva.

Así, a efectos de ejercer el derecho de huelga, la representación de los trabajadores deberá reunir los requisitos previstos en el acápite anterior y comunicarlos a la Autoridad Administrativa de trabajo, quien deberá pronunciarse sobre su improcedencia en caso de que no cumplan con los requisitos en el plazo de 3 días hábiles de recibida. Dicha resolución puede ser apelada durante el tercer día de notificada a la parte, caso en el cual, la Autoridad Administrativa de Trabajo tendrá 2 días para pronunciarse. En caso la huelga sea declarada improcedente mediante resolución en última instancia, ya sea de oficio o a pedido de parte, la huelga será también declarada ilegal, pudiendo ser apelada; así, la resolución de última instancia deberá ser emitida en el plazo máximo de 2 días.

Además de ello, la norma prevé también que la huelga podrá ser declarada ilegal por haberse producido, con ocasión de ella, violencia sobre bienes o personas; en caso se incurra en alguna de las modalidades irregulares de huelga; cuando no se cumpla con los servicios mínimos y las actividades indispensables o por no ser levantada luego de notificado el laudo o resolución definitiva que ponga término a la controversia.

Como se puede ver, existen diversos requisitos para poder realizar la huelga y que la misma sea declara procedente por el órgano correspondiente, motivo por el cual el objeto del presente artículo es evaluar si la legislación ha regulado de forma adecuada y garantista el derecho de huelga, comparándolo, para dichos efectos, con las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical.

IV. Pronunciamientos del comité de libertad sindical en contraposición con lo regulado en el Perú

Como se ha mencionado a lo largo del artículo, corresponde hacer una comparación de lo regulado en nuestro país sobre el derecho de huelga con los pronunciamientos en dicha materia del Comité de Libertad Sindical, a fin de verificar si nuestra legislación se encuentra acorde a los mismos.

1. Formas de ejercicio del derecho de huelga

De acuerdo a nuestra legislación, la única modalidad permitida para el ejercicio de huelga es aquella que se da con abandono total del centro de trabajo, señalando además que las modalidades irregulares de huelga, tales como la huelga neurálgica, de brazos caídos, de trabajo a desgano, etc., son causales de declaración de ilegalidad de la misma.

Somos de la opinión que dicha disposición constituye una restricción al derecho de huelga, en tanto no permite a los representantes de los trabajadores decidir sobre su programa de acción, vulnerando así lo estipulado en el segundo párrafo del artículo 3° del Convenio 87 de la OIT. Aquel, pues, señala específicamente que “las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o entorpecer su ejercicio legal”

Similar opinión manifiesta Alfredo Villavicencio, quien a propósito de la regulación de la huelga en nuestro país señala que “[e]l tratamiento del conflicto obedece a una consideración poco menos que patológica del mismo, de modo que se le brinda un espacio mínimo de expresión (...) e ilegalizando todas las modalidades de huelga que no consistan en una suspensión total de actividades, con abandono del centro de trabajo (...)” (Villavicencio Ríos, 2010, pág. 33).

Respecto de ello, la Comisión de Libertad Sindical se ha pronunciado en diversos casos sobre las modalidades de huelga, señalando que “en cuando a las modalidades del derecho de huelga denegado a los trabajadores (paralización intempestiva, trabajo a reglamento, huelga de brazos caídos, huelgas de celo, trabajo a ritmo lento, ocupación de la empresa o del centro de trabajo), el Comité consideró que tales limitaciones sólo se justificarían en los casos en los que la huelga deje de ser pacífica.” (Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, 2018, pág. 150)

Por su parte, Juan Carlos Cortés también emite una opinión respecto de ello, considerando que no es válida dicha restricción al señalar lo siguiente:

“Nosotros no admitimos que basados en la buena fe contractual se impongan límites internos a la huelga, y que por ellos se restrinjan las modalidades de huelga denominadas irregulares o atípicas. Más bien, consideramos que éstas puedan ser permitidas con ciertas restricciones que respondan a la necesidad del principio de oportunidad o la posibilidad que exista una real autotutela de los trabajadores. (Cortés Carcelén, 2009, pág. 686)

No puede perderse de vista además que, los casos N° 1648 y N° 1650, a través de los cuales se emitió el Informe N° 291, se presentaron quejas contra el Gobierno de nuestro país por parte de la Confederación General de Trabajadores del Perú y otros, alegando vulneración sobre distintos derechos colectivos, incluyendo en ellos, específicamente, la prohibición de las modalidades irregulares de huelga.

En este informe, el Comité de Libertad Sindical señaló lo propio al advertir que dicha limitación solo se justificaría en los casos en los que la huelga deje de ser pacífica, situación que no fue modificada por nuestro país, a comparación de las otras observaciones del Comité que si fueron aceptadas por el Perú.

Es por ello que, Elmer Arce señala también, que “el Convenio N° 87 reconoce amplia libertad a los trabajadores para diseñar y ejecutar su programa de acción, siempre que no existan acciones abusivas o violentas en el ejercicio del derecho de huelga. En consecuencia, la prohibición de las huelgas realizadas dentro del centro de trabajo es contraria al Convenio N° 87 que en nuestro ordenamiento jurídico integra el bloque de constitucionalidad al interpretar el artículo 28° de la Constitución. (Arce Ortiz, 2009, pág. 387)

En ese sentido, nuestra legislación al seguir restringiendo el derecho de huelga a una sola modalidad específica de ejercicio de este derecho, se encuentra vulnerando el Convenio 87 de la OIT, al no permitir a las representaciones de los trabajadores elegir la forma en como desean ejercitar su derecho de huelga.

2. Clasificación de los servicios públicos esenciales

La huelga, como cualquier otro derecho, no es irrestricta, sino que tiene límites, dentro de los cuales se manifiestan el de los servicios públicos esenciales. Sin embargo, como señala Alfredo Villavicencio, “[c]omo limitación de un derecho fundamental, la consideración de servicios esenciales debe entenderse siempre en un sentido estricto”.

Nuestra normativa no define qué es un servicio público esencial; sin embargo, en la doctrina podemos identificar que se los define como aquellos servicios cuya “su suspensión afecta a los derechos fundamentales, a la vida, la salud o la seguridad, que tienen preeminencia sobre cualquier otro interés jurídicamente tutelado” (Villavicencio Ríos, Huelga y servicios esenciales: alcance, estándares internacionales y nueva afectación, 2008, pág. 449).

De esta manera, al tratarse de servicios que pueden afectar los bienes jurídicos anteriormente reseñados, nuestra normativa les ha brindado una regulación

distinta en ciertas materias, tales como el preaviso de 10 días hábiles, en contraposición con el preaviso de una huelga en otro tipo de servicios que es de 5 días hábiles.

En adición, se señala específicamente que, en este tipo de servicios, los trabajadores en conflicto deberán garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan.

Para dichos efectos, el artículo 83° del TUO de la LRCT, señala cuáles son los servicios públicos esenciales, nombrando entre ellos, los siguientes: los sanitarios y de salubridad; los de limpieza y saneamiento; los de electricidad, agua y desagüe, gas y combustible; los de sepelio, y los de inhumaciones y necropsias; los de establecimientos penales; los de comunicaciones y telecomunicaciones; los de transporte; los de naturaleza estratégica o que se vinculen con la defensa o seguridad nacional; los de administración de justicia por declaración de la Corte Suprema de Justicia de la República; y, otros que se determinen por ley.

Además de ellos, se han especificado dos adicionales en virtud de otras normas. Así, en primer lugar, tenemos la Ley N° 28988 que en su artículo 1 establece la constitución de la Educación Básica Regular como un servicio público esencial; y, en segundo lugar, el Decreto Supremo N° 040-2014, Reglamento de la Ley General del Servicio Civil, el cual establece en el inciso b) del artículo 84 que será un servicio esencial aquel que aún cuando se trate de una huelga no calificada como tal, su prolongación en el tiempo ponga en peligro la vida, seguridad o salud de toda o parte de la población.

Como señalamos en el inicio del presente acápite, solo deberían ser calificados como servicios esenciales, a aquellos que pongan en peligro la vida, la salud o la seguridad de las personas. No obstante, de la lista – que bajo ningún motivo podría ser calificada como taxativa, al permitir que otras leyes dispongan servicios esenciales – podemos identificar que existen algunos que no cumplirían con dicho requisito como, por ejemplo, el sector educación.

La paralización del sector educación, no podría conllevar, por sí misma, un peligro hacia la población ni respecto de la vida ni de la seguridad y salud, motivo por el cual, somos de la opinión que el legislador, más que buscar proteger a la población ha buscado la forma de controlar dicho sector, en atención a la magnitud de las huelgas convocadas.

Similar opinión manifiesta Alfredo Villavicencio quien señala lo siguiente:

“La declaración de la educación básica regular como servicio público esencial va contracorriente y muestra la debilidad o ausencia de convicciones en el Estado peruano respecto de la observancia de las obligaciones internacionales, en la medida en que, siendo muy relevante para la vida sociales y el desarrollo del país, no encuentra cabida en el terreno de las limitaciones externas del derecho de huelga, de conformidad con los convenios internacionales que el Perú ha ratificado”. (Villavicencio Ríos, 2008, pág. 473)

Este tema en particular, ha sido abordado en varias recomendaciones del Comité de Libertad Sindical, en virtud de diversas quejas hacia los gobiernos por incluir en la lista de servicios esenciales a aquellos que no cumplirían con el requisito de poner en peligro la vida, seguridad y salud de la población.

De esta forma, dentro de sus recopilaciones, en el segmento N°840, enumera una lista de servicios que no deben ser considerados como esenciales, dentro de los cuales, se enumeran lo siguientes: la radio-televisión, los sectores del petróleo y las instalaciones petrolíferas, la distribución de petróleo para el funcionamiento del transporte aéreo, el sector del gas, el llenado de bombonas de gas y su comercialización, los puertos (carga y descarga), los bancos, el Banco Central, los servicios de seguros, los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos, los grandes almacenes y los parques de atracciones, la metalurgia y el conjunto del sector minero, los transportes, en general, incluidos los servicios, metropolitanos, los pilotos de líneas aéreas, la generación, transporte y distribución de combustibles, los servicios ferroviarios, los transportes metropolitanos, los servicios de correos, el servicio de recolección de basuras, las empresas frigoríficas, los servicios de hotelería, la construcción, la fabricación de automóviles, las actividades agrícolas, el abastecimiento, y la distribución de productos alimentarios, las plantaciones de té, café y coco, la Casa de la Moneda, la Agencia Gráfica del Estado y los monopolios estatales del alcohol, de la sal y del tabaco, el sector de la educación, empresas de embotellamiento de agua mineral, la reparación de aviones los servicios de ascensores, los servicios de exportación, los servicios de seguridad privada, excepto los servicios penitenciarios, los aeropuertos, excepto los servicios de control del tráfico aéreo, las farmacias, las panaderías, la producción de cerveza y la industria del vidrio. (Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, 2018, págs. 160-163)

Como se puede apreciar, varios de los servicios calificados como no esenciales por el Comité de Libertad Sindical han sido calificados como esenciales en nuestro ordenamiento jurídico, tales como la radio-televisión – que podrían estar

incluidos dentro del sector comunicaciones y telecomunicaciones –, gas y combustible y, el ya mencionado, sector educación.

Además de ello, el solo hecho de tener una lista abierta – en tanto la propia legislación ha previsto que la lista puede ser ampliada mediante una ley – podría implicar la regulación de más supuestos de servicios esenciales que no cumplen con el requisito indispensable para dicha calificación, como lo fue la constitución de la huelga en el sector educación.

En atención a lo expuesto, se puede advertir que nuestra legislación, nuevamente, no estaría cumpliendo con el Convenio 87 de la OIT, al establecer como servicios esenciales – y con ello, las restricciones y limitaciones propias de aquellos – a servicios que no cumplirían con el requisito de que la paralización podría poner en peligro la vida, seguridad y salud de las personas; en tanto, califica como tal a supuestos expresamente señalados por el Comité de Libertad Sindical como no esenciales, y al dejar la posibilidad de plantear más supuestos a través de una ley.

3. Determinación de la procedencia de la huelga

Como mencionamos en el segmento anterior, la declaración de procedencia, improcedencia e ilegalidad de la huelga se encuentra en manos de la Autoridad Administrativa de Trabajo para el sector privado.

Sobre ello, en primer lugar, vemos una incongruencia con lo señalado por el Comité de Libertad Sindical, por cuanto aquel señala que “la declaración de ilegalidad de la huelga no debería corresponder al Gobierno sino a un órgano independiente de las partes y que cuente con su confianza.” (Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, 2018, pág. 174)

Así las cosas, el Comité de Libertad Sindical en el Informe N°343, Caso N°2355 - Colombia, ha señalado que el órgano independiente por excelencia que debería ser el calificador de la huelga es la autoridad judicial. No obstante, nuestra normativa no ha tomado en cuenta dicha directriz, manteniendo como órgano calificador a la Autoridad Administrativa de Trabajo, es decir, al Gobierno Nacional.

Por otro lado, respecto del sector público, pareciera que sí se habría cumplido con lo dispuesto por la Comisión, en tanto se encuentra regulado en el Decreto Supremo N°040-2014-PCM, Reglamento General de la Ley N°30057, Ley del Servicio Civil, que el órgano que resolverá la declaración de improcedencia e ilegalidad de la huelga será la Comisión de Apoyo al Servicio Civil.

Esta comisión constituiría un órgano independiente, en tanto estaría conformada por profesionales independientes, quienes no podrán ser servidores civiles al momento de la designación. Sin embargo, a la fecha, dicha Comisión aún no se encuentra implementada, motivo por el cual, la declaración de improcedencia recae en manos de la Autoridad Administrativa de Trabajo y la ilegalidad en el titular del sector correspondiente.

En ese sentido, aquello que parecía cumplir con lo dispuesto por la Comisión de Libertad Sindical, en realidad, resulta aún más preocupante. Ello, en tanto además de que la Autoridad Administrativa de Trabajo no es un órgano independiente al formar parte del Gobierno, la declaración de la ilegalidad recae en el propio titular del sector afectado por la huelga.

Esto no puede significar otra cosa que una clara vulneración al derecho de libertad sindical, y específicamente, al derecho de huelga, en tanto será la propia institución afectada quien determine si la huelga reúne los requisitos para ejecutarse, dejándose dicha resolución en manos de un órgano completamente parcializado.

De igual forma ha sido expresado ello por el Comité de Libertad Sindical quien señala que “No es compatible con la libertad sindical que el derecho de calificar una huelga como ilegal en la administración pública compete a los jefes de las instituciones públicas, ya que éstos son jueces y parte en el asunto.” (Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, 2018, pág. 175)

Este problema no tiene visos de solución, en tanto, a la fecha han transcurrido más de cinco años desde la dación de la norma, y aún no se ha implementado dicho Comité, constituyendo así una vulneración a los derechos ya mencionados que no tiene cuándo acabar.

Por todo ello, consideramos que nuestra legislación no ha adoptado las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical en materia de declaración de procedencia de la huelga, en tanto dicha facultad no se encuentra reservada a un órgano independiente, sino que, por el contrario, se trata de órganos del Gobierno y que, incluso en el caso de la declaración de ilegalidad de la huelga en el sector público, se resuelve a través del afectado por la misma.

V. Conclusiones

A lo largo del presente artículo, hemos podido advertir que existen problemas en nuestra legislación respecto de la regulación del derecho de huelga, en tanto

la misma, en vez de garantizar y proteger el derecho fundamental a la huelga, ha tratado de reglamentarlo lo máximo posible haciendo poco viable su materialización.

Dicho análisis se ha realizado en base a los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, órgano de control de la Organización Internacional de Trabajo, a través del cual, hemos podido concluir lo siguiente:

- El Perú, en tanto ha ratificado el Convenio 87 de la OIT, se encuentra obligado a cumplir con las disposiciones que de aquel emanan, siendo parte de este, la obligación de parte del Gobierno de permitir a los trabajadores formular su plan de acción sin interferencias, entendiéndose por ello, que no debe existir una regulación limitante del derecho de huelga.
- El Comité de Libertad Sindical, en tanto, órgano de control de la OIT, interpreta los derechos y obligaciones que de sus convenios se alcanzan, debiendo los Gobiernos tomar en cuenta sus recomendaciones y modificar sus legislaciones en lo que les sea concerniente.
- El derecho de huelga en el Perú muestra un número bastante reducido de ejecución, en tanto nuestra legislación, lejos de garantizar su ejercicio, ha incluido disposiciones que limitan sus manifestaciones y efectos, haciendo poco viable su correcta utilización.
- Haciendo una comparación entre lo señalado por el Comité de Libertad Sindical en sus recomendaciones y nuestra legislación, podemos concluir que no se han adoptado las acciones necesarias para que dicha situación cambie, en tanto, sigue existiendo una regulación excesiva en el derecho de huelga.
- La legislación peruana se encuentra en determinados supuestos confrontado con lo dispuesto en el Convenio 87 de la OIT, en tanto, no permite las modalidades “irregulares” de huelga, presenta una lista abierta de servicios esenciales, incluyendo en ella algunos que han sido clasificados por el propio Comité como no esenciales; y, por último, ha dejado en manos del Gobierno la declaración de improcedencia e ilegalidad de la huelga tanto en el sector público como en el sector privado.
- El Gobierno deberá realizar las modificaciones legislativas correspondientes a fin de respetar lo dispuesto por el Convenio 87 de la OIT y garantizar de forma adecuada el pleno ejercicio del derecho de huelga.

VI. Bibliografía

- ARCE ORTIZ, E. (2009). Límites internos y externos al derecho de huelga. En V. autores, *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social* (págs. 383-396). Lima: Grijley E.I.R.L.
- CORTÉS CARCELÉN, J. C. (2009). El principio de buena fe, los servicios mínimos y las formas atípicas de huelga. En S. P. Social, *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano: Libro homenaje al profesor Américo Pla Rodríguez* (págs. 674-689). Lima: Grijley E.I.R.L.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2019). *Las huelgas en el Perú 2018*. Lima: Oficina de Estadística - OGETIC.
- NEVES MUJICA, J. (2018). *Introducción al derecho del trabajo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. (2018). *La libertad sindical: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- VILLAVICENCIO RÍOS, A. (2008). Huelga y servicios esenciales: alcance, estándares internacionales y nueva afectación. En S. P. Social, *Trabajo y Seguridad Social: Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez* (págs. 443-473). Lima: Grijley.
- VILLAVICENCIO RÍOS, A. (2010). *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Lima: PLADES.

LA INFLUENCIA DE LA NORMATIVA DE LA OIT EN EL DESARROLLO DEL DERECHO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PÚBLICO PERUANO

ADOLFO CIUDAD REYNAUD*
ANDREA SÁNCHEZ MATOS**

RESÚMEN: El presente artículo da cuenta de la influencia que los convenios 98, 151 y 154 de la OIT han tenido en el desarrollo del derecho de negociación colectiva de los trabajadores del sector público peruano. Estas normas internacionales han constituido el fundamento de diversas sentencias referidas a varias instituciones del derecho colectivo del trabajo. Se hace un breve recuento de la etapa prohibicionista de la negociación colectiva en el sector público hasta la actualidad y se analiza los aspectos principales de la Ley del Servicio Civil que regula la negociación colectiva de los trabajadores del estado. Así mismo, se analizan los aspectos centrales de las históricas sentencias del Tribunal Constitucional del 3 de setiembre de 2015 y del 26 de abril de 2016, que tuvieron como sustento los citados convenios internacionales de la OIT. Finalmente, se realiza un análisis de los dos proyectos que estuvieron en trámite antes de la disolución del Congreso de la República el 30 de setiembre de 2019. Uno fue promovido por las centrales de trabajadores estatales, que aprobó el Poder Legislativo en noviembre de 2018, pero que fue observado por el Poder Ejecutivo; y otro, aprobado por la Comisión de Descentralización del Congreso, elaborado en base a un proyecto presentado por el Poder

141

* Magister en Investigación Jurídica, por la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor de pregrado y postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y PUCP. Ex Especialista Principal de la OIT en Legislación Laboral y Administración del Trabajo. Ha recibido la Orden del Trabajo en el 2011. Correo: adolfo.ciudad.reynaud@gmail.com

** Abogada graduada en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de Maestría en Derecho del Trabajo en la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Costa Rica. Correo: asanchezmatos@gmail.com

Ejecutivo. Mientras el primero está conforme con la Constitución y los Convenios de la OIT, el segundo, continúa con la política prohibicionista e intervencionista, que no está acorde con la Constitución Política ni con los estándares internacionales, ni cumple con el deber de promover la negociación colectiva.

PALABRAS CLAVE: Negociación colectiva. Sector público. Convenios OIT. Constitución Política. Niveles de negociación colectiva. Arbitraje laboral.

SUMMARY: The following article refers to the influence that International Labor Organization 98, 151 and 154 Conventions have had on the development of the right to collective bargaining of Peruvian workers who belong to the public sector. The mentioned international standards have been the foundation of many judgments referring to a variety of institutions of collective Labor Law. Furthermore, a brief account from the Prohibitionist Stage to the present day of the right to collective bargaining in the public sector is presented in the article. The study also analyzes the main aspects of the Civil Service Law that regulates the right to collective bargaining of state workers. Likewise, it analyzes the central aspects of the historical judgments of the Constitutional Court of September 3rd, 2015 and April 26th, 2016, based on the aforementioned international Conventions of the International Labor Organization. Finally, an analysis of two projects that were pending before the dissolution of the Congress of the Republic on September 30th, 2019 is carried out. One of them was promoted by the state workers' centrals, which was approved in November 2018 by the Legislative Power and observed by the Executive Power. The other one was prepared based on a project presented by the Executive Power and approved by the Decentralization Commission of the Congress. While the first one follows the Constitution and ILO Convention standards, the second one does not since it continues a policy of prohibitionism and interventionism. Therefore, it does not fulfill the duty to promote the right to collective bargaining.

KEYWORDS: Collective bargaining. Public sector. ILO conventions. Political constitution. Levels of collective bargaining. Labor arbitration.

SUMARIO: Introducción. **I.** Etapa prohibicionista de la negociación colectiva en el sector público. **II.** La normativa de la Ley del Servicio Civil. **III.** Los Convenios de la OIT como sustento de las sentencias del 2015 y 2016. La *vacatio sententiae*. **IV.** Análisis de los proyectos en trámite en el Congreso de la República sobre negociación colectiva en el sector público. 1. *Materias comprendidas en la negociación*. 2. *Reglamentación excesiva de los niveles de negociación*. 3. *El informe económico financiero del MEF*. 4. *Plazo mínimo de duración del convenio colectivo e inicio de vigencia*. 5. *Conformación del tribunal arbitral*. 6. *Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas*. 7. *Ejecución del laudo arbitral*.



Introducción

Los convenios 98, 151 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo vienen teniendo una gran trascendencia en la recomposición del modelo de relaciones de trabajo peruano, sobre todo a través diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional. En materia laboral, la influencia del Tribunal Constitucional peruano ha sido decisiva para modernizar nuestra legislación y ponerla en mayor conformidad con la normativa internacional.

El Tribunal se ha pronunciado sobre los siguientes temas relativos a la negociación colectiva: (i) contenido constitucional de la negociación colectiva (Exp. 05539-2009-PA/TC, fundamento jurídico 11); (ii) el deber del Estado de promover la negociación colectiva (Exp. 0785-2004-AA/T, fundamento jurídico 5); (iii) naturaleza del convenio colectivo (Exp. 08-2005-PI/TC, fundamento jurídico 29); (iv) características del convenio colectivo (Exp. 08-2005-PI/TC, fundamento jurídico 31); y, (v) fuerza vinculante del convenio colectivo (Exp. 08-2005-PI/TC, fundamento jurídico 33).

Sin embargo, en materia de negociación colectiva en el sector público, han sido dos sentencias las que han cambiado por completo la naturaleza jurídica de este importante derecho fundamental en el país. Por una parte, la sentencia del 3 de setiembre de 2015, Caso Ley de Presupuesto Público¹, que declaró inconstitucionales las leyes de presupuesto que prohibían la negociación colectiva de incrementos salariales de los trabajadores de la administración pública, “[...] en la medida en que no se puede prohibir de modo absoluto el ejercicio el derecho fundamental a la negociación colectiva en la administración pública que implique acuerdos relativos a incremento remunerativos [...]. En tal virtud, declaró inconstitucional el artículo 6 de la Ley 29951, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, y por conexión, por reflejar una situación de hecho constitucional, la misma prohibición de negociación colectiva de incrementos salariales de las leyes de presupuesto de los años 2014 y 2015.

Por otra parte, completó este cambio trascendental, la sentencia del 26 de abril de 2016, Caso Ley del Servicio Civil², que declaró inconstitucionales diversos artículos de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, y de su Reglamento General (Decreto Supremo N° 040-2014-PCM), que prohibían la negociación colectiva de remuneraciones.

1 Los abogados que patrocinaron esta causa fueron Javier Neves Mujica y Elmer Arce.

2 El abogado que patrocinó esta causa fue Adolfo Ciudad Reynaud.

Ello significó un cambio histórico en nuestro país e implicó el establecimiento de una línea de frontera entre una etapa prohibicionista de la negociación colectiva en el sector público, y otra etapa que la admite, aunque hasta la fecha el Poder Ejecutivo se resiste a cumplir las referidas sentencias.

I. Etapa prohibicionista de la negociación colectiva en el sector público

Esta etapa, en la que sistemáticamente se prohibió la negociación colectiva a los trabajadores del sector público, terminó gracias a la aplicación de los Convenios 98 y 151 de la OIT, por las dos sentencias del Tribunal Constitucional antes citadas.

La negativa a reconocer la negociación colectiva en la administración pública fue por decisión de la clase política que siempre prohibió la negociación colectiva a estos trabajadores. A pesar de ello, por canales informales se admitieron algunas formas de la misma como en el caso de los maestros de la educación pública, trabajadores del sector salud y municipales, como resultado del ejercicio del derecho de huelga. Sin embargo, estos mecanismos fueron excepcionales y dependió mucho del poder de negociación de las organizaciones sindicales.

144

En efecto, para el conjunto de los trabajadores de la administración pública primó siempre en nuestro país una política laboral de imposición vertical y autoritaria, en donde el Estado, unilateralmente, establecía las escalas salariales, la valorización de puestos, las condiciones de trabajo y demás derechos y beneficios, sobre los que no se podía discutir ni negociar colectivamente. La voz de los trabajadores de la administración pública fue históricamente ignorada, como parte de nuestra débil democracia afectada por sucesivos gobiernos dictatoriales. Esta situación persistió incluso durante gobiernos de origen democrático, que tampoco entendieron la necesidad del establecimiento de un sistema de relaciones de trabajo basado en el diálogo social y la concertación.

Lo dicho queda corroborado si hacemos un breve recuento de la normativa sobre el particular. Así, el Decreto Ley 11377, de 29 de mayo de 1950, Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, dictado por el gobierno de facto de Manuel Odría, a través de la Junta de Gobierno, estableció un Cuadro de Categorías para los denominados servidores civiles que determinaban sus remuneraciones sobre el que

no era posible negociación alguna, y además, prohibió expresamente el derecho de sindicalización y de huelga (art. 49º), a pesar de la adopción de los Convenios 87 y 98 en el año 1948 y 1949, respectivamente.

El Decreto Legislativo N° 276, de 24 de marzo de 1984, dictado ya no por un gobierno de facto sino por el gobierno de Fernando Belaúnde Terry, de origen democrático, prohibió también a las entidades públicas negociar con sus servidores, directamente o a través de sus organizaciones sindicales, las condiciones de trabajo o beneficios que implicaban incrementos remunerativos o que modificasen el Sistema Único de Remuneraciones (art. 44º). Durante esta administración gubernamental, no obstante, se dictaron –en un clima de presión social por ejercicio de la huelga- una serie de disposiciones legales que establecieron procedimientos especiales para la negociación colectiva en el ámbito municipal y local, que dieron origen a una sólida tradición negocial.

De otra parte, las Leyes del Presupuesto del Sector Público de los años 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019, dictados en los gobiernos de Alan García Pérez y Ollanta Humala, y el presente gobierno, establecieron prohibiciones a todas las entidades del Gobierno Nacional, gobiernos regionales y locales, que afectaron a la negociación colectiva. En efecto, se prohibió el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones y asignaciones de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento. También se prohibió la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, compensaciones económicas y beneficios de cualquier índole. Para que no quede duda, se dispuso también que los arbitrajes en materia laboral se debían sujetar a dichas limitaciones legales, lo que implicó que, a falta de acuerdo entre las partes, los tribunales arbitrales debían emitir sus laudos de acuerdo con esas limitaciones, atentando contra la independencia de la jurisdicción arbitral.

Adicionalmente, en el gobierno de Humala se dictó la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, promulgada el 3 de julio de 2013, que restringió con carácter general la negociación colectiva sólo a condiciones de trabajo, y prohibió al igual que los anteriores gobiernos, que a través de ese instrumento de diálogo social se negocien sueldos, compensaciones económicas, aguinaldos, la valoración de los puestos, entre otros. Esta ley que fue dictada sin un proceso de consulta, negociación o búsqueda de consenso con las organizaciones de trabajadores del sector público, lo que lesionó el derecho de negociación colectiva en diversos artículos.

II. La normativa de la ley del servicio civil

La Ley del Servicio Civil del 2013 mantuvo la prohibición de la negociación colectiva de incrementos salariales y beneficios de naturaleza económica, a pesar que el art. 28° de la Constitución reconoce que todos los trabajadores tienen derecho de sindicación, negociación colectiva y huelga.

“El Estado reconoce los derechos de sindicalización, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1) Garantiza la libertad sindical, 2) Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado; 3) Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.”

Por su parte el art. 42° del mismo cuerpo normativo reconoce que los servidores públicos gozan de los derechos de sindicación y huelga.

En la actualidad la interpretación aislada y restrictiva de estos dispositivos, que podría inducir a señalar que los servidores civiles no tendrían derecho a la negociación colectiva está superada. El Tribunal Constitucional ha señalado que una interpretación sistemática de los arts. 28° y 42° de la Constitución se puede obtener el sentido interpretativo de que los empleados o servidores públicos tienen derecho a la negociación colectiva, toda vez que el primer de los artículos mencionados reconoce de manera expresa dicho derecho a todos los trabajadores, entre los que se encuentran los trabajadores públicos, mientras que el segundo no excluye expresa o implícitamente a este grupo de trabajadores.³

Este mismo criterio ha sido sancionado por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos: “Al respecto, este Colegiado anteriormente ha señalado que (...) el derecho constitucional a la negociación colectiva se expresa en el deber del Estado de fomentar y estimular la negociación colectiva entre los empleadores y trabajadores, conforme a las condiciones nacionales, de modo que la convención colectiva que se deriva de la negociación colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado” (Caso COSAPI S.A., Exp. N° 0785-2004-AA/TC, fundamento 5).⁴

3 Tribunal Constitucional, caso Ley de Servicio Civil, de fecha 26 de abril de 2016, párr. 141.

4 Tribunal Constitucional, caso COSAPI, Expediente N° 0485-2004-AA/TC, párr. 51

La Ley de Servicio Civil, en su art. 40° reconoce los derechos colectivos que son los previstos en el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo y en los artículos de la función pública establecidos en la Constitución Política del Perú. Sin embargo, también estableció una inconstitucional restricción relativa a negociar condiciones de naturaleza económica. En efecto, en el último párrafo del artículo 40° de la Ley de Servicio Civil señaló que “Ninguna negociación colectiva puede alterar la valorización de los puestos que resulten de la aplicación de la presente ley.”

En tal virtud, nuestro supremo intérprete de la Constitución Política ha destacado el papel fundamental que cumple la negociación colectiva en nuestra sociedad, de lograr el bienestar y la justicia social, y por lo tanto, constituye un medio primordial de acción de la organización sindical para la defensa y promoción de los derechos económicos y sociales que les son propios.

Así mismo, ha reconocido expresamente que la negociación colectiva debe también incluir la posibilidad de negociar las remuneraciones, porque es parte de su contenido esencial.

Sin embargo, dado el tiempo transcurrido desde la emisión de dicha Sentencia, y al haberse vencido el plazo que dio el Tribunal Constitucional al Congreso para que legisle sobre la negociación colectiva respetando su contenido esencial, existe renuencia del Poder Ejecutivo a cumplir con dicha sentencia, lo que es inadmisibles en un estado de derecho. Esto es así en la medida que el proyecto de ley presentado al Congreso por el Poder Ejecutivo en febrero de 2019 continúa restringiendo la negociación colectiva por debajo de los estándares internacionales establecidos por la OIT, conforme veremos en el apartado IV.

III. Los convenios de la OIT como sustento de las sentencias del 2015 y 2016

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia del 26 de abril de 2016, declaró inconstitucionales una serie de artículos que prohibían la negociación colectiva de condiciones económicas. Por ello tiene un significado histórico en las relaciones laborales en Perú pues tiende hacia la consolidación del diálogo social entre el gobierno y las organizaciones de trabajadores del sector estatal.

De esta forma, el Tribunal ha hecho prevalecer el criterio que la Constitución reconoce el derecho de negociación colectiva en forma completa e integral para todos los ciudadanos sin excepción (salvo la policía y las fuerzas armadas).

Así mismo el Tribunal ha reafirmado (fundamento 147) que la negociación colectiva es un derecho fundamental por el que permite a los empleadores y a los trabajadores “realizar un proceso de diálogo encaminado a lograr un acuerdo, contrato o convenio colectivo, con el objeto de mejorar, reglamentar o fijar las condiciones de trabajo y de empleo” [...] incluyendo la materia remunerativa y otras materias con incidencia económica, como se indicó antes.

De igual forma, el Tribunal hace referencia a que la negociación colectiva es uno de los mecanismos básicos para la armonización de intereses contradictorios y que es por ello que los convenios 98 y 151 de la OIT imponen la obligación de adoptar medidas para estimularla y fomentarla, así como para que los convenios colectivos aprobados por las partes tengan fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado (art. 28.2 de la Constitución) (fundamento 148).

La sentencia antes citada del Tribunal Constitucional expedida en el año 2015 tiene como fundamento las normas internacionales de trabajo y establece en forma indubitable que “(...) las limitaciones indefinidas o que impidan que en el futuro puedan negociar sus condiciones laborales, más allá del período previsto por la Ley restrictiva, son, en sí mismas inconstitucionales.” (Fundamento 83 de la sentencia del 3 de setiembre de 2015). Y por otra parte, en la sentencia del año 2016, se expresa que “(...) no puede ser interpretado en el sentido de que se excluya la materia económica del ámbito de la negociación colectiva puesto que la expresión “condiciones de trabajo y empleo” incluyen también los aspectos económicos de toda relación laboral” (Fundamento 166 de la sentencia del 26 de abril de 2016).

1. *La vacatio sententiae*

De otra parte, ambas sentencias del Tribunal Constitucional antes citadas hacen referencia a la institución constitucional de la *vacatio sententiae*, por lo que aparentemente el derecho de negociación colectiva de los trabajadores de la administración público todavía no estaría vigente.

No obstante, tanto el derecho de negociación colectiva en general, como su contenido esencial, la negociación en materia de remuneraciones, no pueden ser suspendidos o dejados sin efecto por ser derechos fundamentales que están reconocidos en la Constitución y en las normas internacionales de trabajo ratificadas por el Perú, que forman parte del bloque de constitucionalidad. Por tanto, se trata de normas que están en un nivel jerárquico superior que otras normas jurídicas positivas y no pueden ser suspendidas por ninguna autoridad en ejercicio de sus

funciones, ni siquiera por el Tribunal Constitucional, por tratarse de derechos fundamentales.

En consecuencia, la *vacatio* dispuesta concede un plazo para que el Congreso de la República promulgue una nueva ley sobre la materia, sin embargo, el derecho de negociación colectiva se mantiene incólume y con plena vigencia. En efecto, en dichas sentencias se señala que es “potestad de los Tribunales o Cortes Constitucionales diferir los efectos de sus sentencias con el objeto de evitar los efectos destructivos que podría generar la eficacia inmediata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley tendiéndose a aplazar o suspender los efectos de ésta.” Pero ello no implica que se haya suspendido el derecho a la negociación colectiva hasta que se promulgue la futura ley sobre la materia.

Por tanto, los efectos de la *vacatio sententiae* consisten sólo el diferir los efectos de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, lo que no significa que, entre tanto, esta ley se convierte en constitucional, sino que la declaración de inconstitucional se ha diferido en el tiempo, que venció al finalizar la primera legislatura del año 2017 (esto es julio de 2017).

Por tanto, nos encontramos en las mismas condiciones que antes de la expedición de las dos sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional (la del 3 de setiembre de 2015 y 26 de abril de 2016), en las que el Congreso de la República al promulgar nuevas leyes deben aplicar el artículo 28 de la Constitución como toda la normativa supraconstitucional. Sin embargo, con una diferencia fundamental: ahora existe certeza de la inconstitucionalidad de las leyes que restringen la negociación colectiva de los trabajadores de la administración pública, lo que antes de la expedición de dichas sentencias todavía se discutía.

De otra parte, son las mismas condiciones anteriores en la que los Tribunales Arbitrales estaban en facultad de aplicar, vía control difuso, el artículo 28 de la Constitución y el bloque de constitucionalidad (especialmente los Convenios 87, 98 y 151 de la OIT), e inaplicar las disposiciones inconstitucionales de la Ley N° 30057 y las normas de las leyes de presupuesto de años anteriores, como la contenida en el artículo 6° de la Ley N° 30879, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019, ejercitando el control difuso, que establece la Constitución, como poder-deber para hacer prevalecer el principio de supremacía constitucional. La *vacatio sententiae* implica diferir los efectos de las sentencias del Tribunal antes indicadas, pero no prohíbe que los entes jurisdiccionales ni el Congreso de la República dejen de hacer uso de las facultades previstas o establecidas también en la Constitución Política. Además, debe tenerse presente que de con-

formidad con el artículo 204º de la Constitución vigente la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial y “al día siguiente dicha norma queda sin efecto”.

De este mismo razonamiento es la Corte Suprema de Justicia que ha resuelto, de manera uniforme, las apelaciones de recursos que solicitaban nulidad de laudos arbitrales por otorgar aumento de remuneraciones. Conforme al razonamiento de la Corte Suprema, desarrollado observando el principio deber de motivación de las sentencias, es que como existe pronunciamientos donde el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la prohibición el derecho fundamental a la negociación colectiva, procede la confirmatoria de la apelada que se pronunció por amparar el derecho de negociación colectiva, y por lo tanto, confirmaron el Laudo Arbitral y los aumentos de remuneraciones dispuestos por los Tribunales Arbitrales haciendo uso de la facultad del control difuso (sentencias recaídas en los Expedientes 2987-2015, 2871-2015, 2840-2015, entre otros).

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“No obstante lo expuesto, este Tribunal recuerda, como lo ha expresado en casos anteriores, que si vence el plazo de la exhortación sin que el legislador haya regulado el aspecto omitido que diera lugar al pronunciamiento, los efectos de la sentencia se hacen efectivos a partir de ese momento.” (fundamento 89 de la STC 0023-2003-PI/TC y fundamento 184 de la STC 0004-2006-PI/TC, entre otras).

Por todo lo anterior consideramos que en la próxima Ley de Presupuesto para el año fiscal 2020 no podría incluirse el mismo artículo 6 de leyes de presupuesto anteriores que prohibieron el incremento de remuneraciones de los trabajadores de la administración pública, al estar vigentes el mismo marco constitucional y la misma normativa internacional que dieron sustento a las sentencias del Tribunal Constitucional del año 2015 y 2016. Ello implicaría expedir nuevamente una ley inconstitucional en contravención al estado de derecho y al principio de supremacía constitucional.

IV. Análisis de los proyectos en trámite en el congreso de la república sobre negociación colectiva en el sector público

Hay dos proyectos en debate. La autógrafa de la Ley de negociación colectiva aprobada por el Congreso de la República en noviembre de 2018, y observada

por el Poder Ejecutivo, que impidió su promulgación como ley. Y de otro lado, el proyecto de ley de negociación colectiva del sector público adoptado por la Comisión de Descentralización en junio de 2019 (que ha sido promovido por el Poder Ejecutivo (específicamente por el Ministerio de Economía y Finanzas y la Autoridad Nacional del Servicio Civil). En nuestra opinión, éste último proyecto adopta un modelo abiertamente intervencionista y reglamentarista, que no está conforme con nuestra Constitución ni con los Convenios 98 y 151 de la OIT. Veamos algunos temas importantes de estos dos proyectos.

1. Materias comprendidas en la negociación

En primer término, hay que señalar que proyecto de la Comisión de Descentralización, es muy restrictivo en cuanto a las materias comprendidas en la negociación colectiva. Sólo señala: (i) la determinación de condiciones de empleo (condiciones económicas y no económicas) y, (ii) la relación entre empleadores y servidores públicos (art. 5). Adicionalmente, excluye expresamente, entre otros, “la recategorización de los cargos, puestos o plazas.” (art. 6, inciso d).

Al respecto, convendría ampliar los contenidos de la negociación colectiva para que no se limite esencialmente a cuestiones salariales, como sucede con frecuencia.

La noción de condiciones de trabajo utilizada por los órganos de control de la OIT es mucho más amplia. En efecto:

“no se limita a los temas tradicionales (jornada laboral, horas extraordinarias, períodos de descanso, salarios, etc.) sino que cubre también otras cuestiones (por ejemplo, “materias que normalmente pertenecen a la esfera de las condiciones de empleo”, como los ascensos, los traslados, o las supresiones de puestos sin aviso previo). Esta orientación concuerda con la tendencia actual de los países de reconocer a menudo la negociación colectiva “gestional”, que se ocupa de los procedimientos para resolver problemas como las reestructuraciones, las reducciones de personal, los cambios de horario, el traslado de establecimientos y otras cuestiones que rebasan el marco estricto de las condiciones de trabajo.”⁵

5 OIT, **La negociación colectiva en la administración pública, un camino a seguir**, Estudio General relativo a las relaciones laborales y la negociación colectiva en la administración pública, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ginebra, 2013, pág., pág. 122.

A este respecto, la redacción del proyecto de la autógrafa de noviembre de 2018 es un poco más amplia pues se refiere a “todo aspecto relativo a las relaciones entre empleadores y trabajadores, y las relaciones entre las organizaciones de empleadores y de trabajadores.” (art. 4).

No obstante, otras legislaciones, como la de *Uruguay*, incluyen como materia negociable: la estructura de la carrera funcional, el sistema de reforma de la gestión del Estado, criterios de eficiencia, eficacia, calidad y profesionalismo.⁶ En tanto que en *Costa Rica* se incluye como materia objeto de negociación lo siguiente:⁷

“La fiscalización de la administración de los regímenes de ingreso, promoción y carrera profesional [...]”,

“la elaboración de manuales descriptivos de puestos y la aplicación de procedimientos internos de asignación, reasignación, recalificación y reestructuración de puestos [...]”,

“medidas de seguridad e higiene y de salud ocupacional [...]”, entre otros.

Un ejemplo de una legislación bastante amplia en materias de negociación es la Ley núm. 7 de 2007 de *España*, Estatuto Básico del Empleado Público, en cuyo artículo 37 señala, entre otras materias, que son objeto de negociación, lo siguiente:

c) Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistema de clasificación de puestos de trabajo, y planes que planificación de recursos humanos,

d) las normas que fijan los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño,

e) los planes de previsión social complementaria,

[...]

m) las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos.”

6 Ley núm. 18508, art. 4, incisos c) y d).

7 Reglamento para la negociación de convenciones colectivas en el Sector Público (Costa Rica), art. 3, incisos d), e) y f).

Convendría ampliar las materias de la negociación colectiva para que ésta se convierta en un instrumento más moderno, que permita al Estado y a las organizaciones sindicales de trabajadores de sector estatal, contar con un mejor instrumento de diálogo social para la solución de sus problemas.

2. Reglamentación excesiva de los niveles de negociación

En el capítulo III del proyecto de la Comisión de Descentralización se hace una minuciosa determinación de niveles (centralizado, centralizado especial y descentralizado), y se asigna entidades estatales específicas a cada uno de los niveles, así como señala la posibilidad de establecer, adicionalmente, mesas especiales de negociación colectiva a través del reglamento que dictará el Poder Ejecutivo (art. 7 y 8).

Las entidades que se mencionan en el art. 2 del proyecto podrían ser las apropiadas, pero ¿por qué establecerlas por ley?, ¿por qué no se deja un espacio para que sean las propias partes que conversen y acuerden en definitiva los niveles? Debe tenerse presente que cualquier modificación de las entidades estatales asignada o ajuste de los niveles de negociación no sería posible sin emitir una nueva ley.

No se ha tenido en cuenta la Recomendación sobre negociación colectiva, 1981 (núm. 163) de la OIT que señala que:

“En caso necesario, se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que la negociación colectiva pueda desarrollarse en cualquier nivel, y en particular a nivel del establecimiento, de la empresa, de la rama de actividad, de la industria y a nivel regional o nacional.”

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado que en el marco de la administración pública la negociación colectiva puede tener lugar a nivel central para condiciones generales de empleo. Así mismo ha señalado que en caso de desacuerdo sobre el nivel de negociación, las partes podrían recurrir a los procedimientos de solución de conflictos, como los mencionados en el artículo 8 del convenio 151, por ejemplo, sometiendo su problema a un órgano independiente que goce de su confianza. En caso de persistir las diferencias, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que es mejor establecer un sistema de común acuerdo entre partes en vez de solicitar una decisión judicial para determinar un nivel de negociación determinado.⁸

8 OIT. Op. Cit., pág. 142, párrafo 351.

Debe recordarse que el Comité de Libertad Sindical, se ha pronunciado sobre este mismo tema en relación a Perú en el caso núm. 2375, en el que ha pedido al Gobierno:

“que adopte las medidas necesarias a fin de garantizar que la determinación del nivel de negociación dependa de la voluntad de las partes y que no sea impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa y de la jurisprudencia de la autoridad administrativa.”⁹

La autógrafa de la Ley de negociación colectiva aprobada por el Congreso de la República en noviembre de 2018, observada por el Poder Ejecutivo, si bien establece niveles (centralizado y descentralizado), deja en libertad a las partes para decidir a qué nivel se negocia (art. 5). Además, establece criterios para la articulación de las materias negociables a distintos niveles, señalándose como regla general que a nivel descentralizado se excluyen las materias pactadas a nivel centralizado (art. 6).

Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado:

“la importancia que para la economía reviste una coordinación óptima entre los convenios colectivos establecidos en los distintos niveles. La Comisión acepta tanto los sistemas en que los convenios colectivos determinan su propia coordinación (ésta es la mejor solución) como los que se caracterizan por la existencia de disposiciones legales que distribuyen ciertos temas entre convenios de diferentes niveles.”¹⁰

Esto es lo que hace la autógrafa aprobada por el Congreso en el artículo 6, cuando señala que a nivel centralizado se puede negociar la modificación de la estructura remunerativa, así como el tipo, cuantía o características de las remuneraciones y otras condiciones de trabajo con incidencia económica. Así como cualquier otra materia, siempre que se apliquen a todos los trabajadores de las entidades públicas.

En tanto que a nivel descentralizado se negocian las condiciones de empleo o condiciones de trabajo, que incluyen remuneraciones y otras condiciones de trabajo con incidencia económica que resulten de aplicación a los trabajadores

9 Comité de Libertad Sindical, 338º Informe, caso núm. 2375 (Perú), párr. 1226 y 338.

10 OIT, Op. Cit, pág. 143, párrafo 353.

comprendidos dentro del respectivo ámbito, con exclusión de las materias pactadas a nivel centralizado, salvo acuerdo en contrario.

En consecuencia, la excesiva reglamentación de los niveles a través de la ley, es contraria a los convenios de la OIT.

3. El Informe Económico Financiero del MEF

En el proyecto de la Comisión de Descentralización, el Ministerio de Economía y Finanzas determina unilateralmente el resultado de la negociación colectiva, sean convenios o laudos arbitrales, a través del Informe Económico Financiero, que se establece “con carácter vinculante”, esto es, obligatorio, para ambas partes (art. 17.1) y que, además, determina “el piso máximo negociable sobre condiciones económicas en cada negociación colectiva” (art. 17.5).

Se dispone que es nulo el laudo arbitral, y por cierto también los convenios colectivos, que se expidan “sin respetar la información o conclusiones contenidas en el Informe Económico Financiero”, que es vinculante (art. 25). Para que no quepa ninguna duda, se establece en forma expresa que “Es causal de nulidad la contravención de la información contenida en el Informe Económico Financiero...” (art. 29, inciso a).

Se concede tanta importancia al Informe del MEF que, en el Capítulo V, sobre el procedimiento de la negociación colectiva, se ha dispuesto que el trato directo entre las partes sólo puede iniciarse luego de recibido dicho informe (art. 16), como si no se pudiera avanzar la negociación respecto de condiciones de trabajo o de relaciones laborales antes de la recepción del informe.

El mensaje es claro y contundente: es el MEF quien determina el contenido de la negociación a través del referido informe, sin que quepa negociación o discusión sobre su información o conclusiones. Y a través del señalamiento de que su inobservancia es causal de anulación, se pretende que lo decidido por un ente administrativo adquiera la calidad de cosa juzgada en el ámbito judicial. Así, la negociación colectiva en el sector público queda en manos del MEF, esto es, de una de las partes. No se puede ser “juez y parte” a la misma vez.

En nuestra opinión, estas disposiciones no cumplen con el mandato del Tribunal Constitucional. En efecto, nuestro máximo intérprete constitucional, en dos históricas sentencias, del 3 de setiembre de 2015 y del 26 de abril de 2016, hicieron prevalecer las normas de la OIT para interpretar el contenido del artículo

28 de la Constitución, por lo que declararon inconstitucionales ciertos artículos de las leyes de presupuesto y de la Ley del Servicio Civil. En la referida sentencia del 26 de abril de 2016 el Tribunal señaló en forma concluyente: “La negociación colectiva es un derecho fundamental que reconoce un haz de facultades para regular conjuntamente sus intereses en el marco de una relación laboral. En ese sentido, el empleador y las organizaciones... están facultados para realizar un proceso de diálogo encaminado a lograr un acuerdo, contrato o convenio colectivo, con el objeto de mejorar, reglamentar o fijar condiciones de trabajo y de empleo.” (fundamento 147).

Con disposiciones como las antes señaladas del proyecto de la comisión de descentralización se elimina la posibilidad de diálogo entre las partes en la medida en que para ambas es vinculante u obligatorio el Informe del MEF que obliga a respetar sus conclusiones. Así, se mantiene la apariencia de la institución de la negociación colectiva, pero se elimina la esencia de la misma, que según el Tribunal Constitucional es un proceso de diálogo encaminado a lograr un acuerdo. Lo que ordena este proyecto es que las partes suscriban como convenio colectivo lo que dispone unilateralmente una autoridad administrativa. Con toda seguridad, disposiciones como éstas, no superarán el control de constitucionalidad y de convencionalidad.

156

Por el contrario, la autógrafa aprobada por el Congreso de la República en noviembre de 2018, establece el derecho de información, que implica la obligación de la parte empleadora de proporcionar en forma previa y con transparencia, la información necesaria que permita negociar con conocimiento de causa (art. 14). En todo caso, podría haber un informe del MEF para ayudar a las partes a negociar, pero no para imponer una solución sin formar parte de las negociaciones.

Sobre este particular, debe tenerse en cuenta los criterios establecidos por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT que señala:

“También son compatibles las disposiciones que confieren a las autoridades públicas que tengan atribuidas responsabilidades financieras el derecho de participar en las negociaciones colectivas junto con el empleador directo, en la medida que dejen un espacio significativo a la negociación colectiva.”¹¹

11 OIT, Op. Cit., pág.131.

Así, ambas partes podrán participar en la negociación disponiendo de todas las informaciones financieras, presupuestarias o de otra naturaleza, que haga más productiva la negociación, pero no a través de emitir un informe de carácter obligatorio.

4. Plazo mínimo de duración del convenio colectivo e inicio de vigencia

El proyecto de la Comisión de Descentralización establece que “el plazo mínimo de vigencia de los convenios colectivos es de dos años. En caso de no contener acuerdo sobre el plazo de vigencia esta será de dos (2) años (art. 20.3), lo que concuerda con el art. 14.1 que prescribe que los pliegos de reclamos se presentan cada dos años. De igual forma, se dispone que “la negociación colectiva en el sector público no puede iniciarse en el año anterior a elecciones generales, regionales y municipales.” (art. 14.2). Ello puede implicar que sólo se puede negociar en una sola oportunidad en un período de cinco años, pues en ese lapso siempre hay dos elecciones (una general y otra regional y municipal), y además, si que se tiene en cuenta lo señalado en el párrafo siguiente sobre inicio de vigencia en el 1 de enero del año subsiguiente a la suscripción del convenio.

En efecto, adicionalmente el proyecto dispone que las partes determinan la fecha de inicio de vigencia, salvo que sus cláusulas tengan incidencia presupuestaria, en cuyo caso rigen desde el 1 de enero del año subsiguiente a su suscripción, y además agrega, “siempre que hayan sido presupuestadas.” (art. 20.2). Esto implica que una negociación colectiva iniciada, por ejemplo, en enero de 2019, no iniciaría su vigencia el 1 de enero de 2020, sino en enero de 2021.

Por el contrario, la autógrafa del Congreso observada por el Poder Ejecutivo establece que el convenio colectivo “tendrá la vigencia que las partes acuerden, que en ningún caso es menor de un (1) año”. Respecto del inicio de vigencia, la autógrafa ha dispuesto que “rige desde el día en que las partes lo determinen, con excepción de las disposiciones con incidencia presupuestaria, que necesariamente rigen desde el 1 de enero del año siguiente a su suscripción [...]” (art. 17.2).

Consideramos que el proyecto de la Comisión de Descentralización, en lo que respecta al plazo mínimo de duración del convenio colectivo, como en el inicio de su vigencia, no está conforme con el principio de negociación libre y voluntaria que debe aplicarse también a la duración e inicio de vigencia de los convenios colectivos, que en primer término debe corresponder a las partes, tal como lo ha señalado el Comité de Libertad Sindical de la OIT, en los siguientes términos:

“1047. La duración de los convenios es una materia que en primer término corresponde a las partes concernidas, pero si el Gobierno considera una acción sobre este tema, toda modificación legislativa debería reflejar un acuerdo tripartito.” (Véase 320ª Informe, caso núm. 2047, párrafo 361).¹²

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que el Comité de Libertad Sindical de la OIT también ha señalado que la duración de los convenios por dos años constituye una violación al derecho a la negociación colectiva cuando las partes no lo han establecido de mutuo acuerdo. Así lo señala, *contrario sensu*, el párrafo 1049 del mismo informe antes citado cuando indica:

“1049. Una disposición obligatoria en la que se establece que un convenio colectivo debe estar en vigor durante dos años cuando las partes no han aprobado por mutuo acuerdo un plazo diferente no constituye una violación del derecho a la negociación colectiva.

(Véase 320ª Informe, caso núm. 2229, párrafo 956)”¹³

Debe señalarse que los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT constituyen la interpretación oficial respecto de la forma como deben ser entendidos los convenios de ese organismo internacional. Además, la Disposición Complementaria Décima de la Ley Procesal de Trabajo, Ley 29497, señala que según lo dispone la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política, los derechos fundamentales deben interpretarse conforme a los Convenios Internacionales, para lo cual deberá consultarse los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

5. Conformación del Tribunal Arbitral

El proyecto de la Comisión de Descentralización establece que en caso de no llegarse a un acuerdo luego de concluido el trato directo, cualquiera de las partes puede requerir el inicio de un proceso arbitral protestativo, en cualquiera de los tres niveles que propone: centralizado, centralizado especial y descentralizado (arts. 16.3, f y 16.4).

12 OIT, La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición revisada, Ginebra, pág. 223, párrafo 1047.

13 *Ibidem*, pág. 224, párrafo 1049.

La autógrafa aprobada por el Congreso sólo reconoce la posibilidad de someter las negociaciones descentralizadas sin consignarlo como medio de solución en la negociación centralizada. Sin embargo, señala expresamente que “cualquiera de las partes podrá requerir el inicio de un proceso arbitral potestativo, que debe concluir el 30 de junio salvo que los trabajadores decidan optar por la huelga.” (art. 13.2,d)

En el proyecto de la Comisión de Descentralización no se otorga la opción de huelga como alternativa al arbitraje y la única mención a la huelga en el proyecto es para catalogarla como actos de mala fe. Así, “la realización de paralización o huelga durante el procedimiento es un acto de mala fe que impide a la parte sindical iniciar el proceso de arbitraje.” (art. 19, g).

Como es en la actualidad, en ambos proyectos, si el empleador no cumple con designar su árbitro una vez que es requerido para el arbitraje, la designación se efectúa por sorteo. No obstante, llama la atención que el proyecto de la Comisión de Descentralización disponga que, si los árbitros no se ponen de acuerdo en la designación del presidente del tribunal, será el propio Estado a través de la Autoridad Nacional de Servicio Civil el que lleva a cabo la designación. Esto es, en un arbitraje en que interviene el Estado como parte, el propio Estado es el encargado de designar al presidente del tribunal, con lo que asegura dos votos de tres. (art. 23.4). En tanto que la autógrafa del Congreso señala que, en tal caso, como es usual, el presidente es designado por sorteo conforme a las normas del régimen privado.

Adicionalmente, el proyecto de la Comisión de Descentralización continúa requiriendo que los árbitros estén inscritos en el Registro a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. No obstante, establece que la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR podrá designar como árbitros o proponer presidentes de tribunal arbitral a profesionales que considere de reconocido prestigio, facultad que no tienen las organizaciones sindicales sino cuentan con la autorización de SERVIR, lo que es muy inequitativo (Segunda Disposición Complementaria Transitoria).

Lo mejor sería dejar a las partes para que nombren sus árbitros libremente entre profesionales que ellos consideren como de reconocido prestigio. Es muy desproporcionado que SERVIR sí lo pueda hacer en función de los intereses de la parte empleadora, y que las propias partes no lo puedan hacer a su entera libertad.

6. Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas

El proyecto de la Comisión de Descentralización crea un registro de árbitros distinto del vigente actualmente a cargo del Ministerio de Trabajo. Se trata del denominado Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas, esta vez, a cargo de la Autoridad Nacional de Servicio Civil, cuyo reglamento será aprobado por el Poder Ejecutivo, y establecerá la forma de ingreso, permanencia y exclusión del registro (art. 21). El reglamento del nuevo registro establecerá las causas de recusación o remoción de los árbitros del proceso arbitral. Por su parte, la autógrafo del Congreso no entra a regular este tema, por lo que se conservaría el actual registro ante la autoridad administrativa de trabajo.

Se evidencia el autoritarismo y verticalismo del proyecto de la comisión de descentralización al invadir la independencia y autonomía de la deben gozar los profesionales que desempeñan la función arbitral, cuando se señala que “Los árbitros se sujetan a las disposiciones legales vigentes, bajo sanción de ser excluido del registro en caso de incumplimiento, a cargo de la Autoridad Nacional del Servicio Civil.” (art. 21, tercer párrafo). A pesar de ello, en forma contradictoria el artículo siguiente señala que “Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje, independiente e imparcial.” (art. 22).

Se trata de una advertencia muy seria en contra del desempeño profesional de los árbitros, sobre todo si se tiene en cuenta que es un consenso que la función arbitral puede ejercer el control difuso frente a normas que no cumplan con los preceptos constitucionales, conforme lo faculta y obliga la propia Constitución y según lo expresado en reiteradas ocasiones por el Tribunal Constitucional. Sobre todo, respecto de la continuación de prohibición de incrementos remunerativos que las leyes de presupuesto continúan estableciendo anualmente desde el año 2006.

El Tribunal Constitucional a través de diversas sentencias ha subrayado que el control difuso es un instrumento que tiene por finalidad reafirmar el principio de supremacía constitucional y el de jerarquía de las normas (Artículo 51° y 138° de la Constitución Política), por lo que no procede debilitar la función arbitral a través de la amenaza de exclusión del registro de árbitros, sobre todo si el artículo 28 de la Constitución, inciso 2, “Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales”.

En efecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el control difuso de la siguiente manera:

“Que el control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138° de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciados en el artículo 51° de nuestra norma fundamental. Este control es el poder-deber consubstancial a la función jurisdiccional.”¹⁴

La preservación del principio de supremacía constitucional y el principio de jerarquía de las normas implica preferir las normas constitucionales a las legales. No se puede por ley maniar a los árbitros en sus decisiones que deben mantenerse independientes e imparciales.

7. Ejecución del laudo arbitral

En materia de ejecución del laudo arbitral existe una divergencia muy marcada entre los dos proyectos. La autógrafa aprobada por el Congreso en noviembre de 2018 reafirma al laudo arbitral como instrumento de solución definitiva del conflicto a través de disponer que:

- (i) su no ejecución oportuna acarrea responsabilidad administrativa de los funcionarios a quienes corresponde su cumplimiento (art. 19.2);
- (ii) los laudos se ejecutan obligatoriamente, dentro del plazo indicado en los mismos (art. 19.3);
- (iii) el incumplimiento en la ejecución del laudo inhabilita al empleador a impugnar un laudo o a continuar con el procedimiento iniciado si durante el proceso se verifica tal hecho (art. 19.4);
- (iv) el acta de constatación del incumplimiento es mérito suficiente para que se declare la improcedencia de la demanda (art. 19.5); y,
- (v) los laudos que se expidan para resolver conflictos económicos derivados de negociaciones colectivas en el sector público tienen mérito de título ejecutivo y se tramitan en proceso de ejecución previsto en el artículo 57 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497 (art. 19.6).

El proyecto de la Comisión de Descentralización, por el contrario, va en una línea diametralmente opuesta, en el sentido de debilitar la función arbitral, no

14 Sentencia recaída en el expediente N° 0145-99-AA/TC.

sólo a través de la ya indicada posibilidad de exclusión del registro por no sujetarse a las disposiciones legales, sino porque se dispone que “La sola presentación del recurso de impugnación suspende automáticamente la ejecución del laudo arbitral hasta la notificación de la decisión de fondo del órgano jurisdiccional en primera instancia; salvo medida cautelar en contrario.” (art. 30).

En síntesis, consideramos que la autógrafa aprobada por el Congreso de la República en noviembre de 2018 cumple con la Constitución y los estándares internacionales en materia de negociación colectiva. Por el contrario, el proyecto de la Comisión descentralización, promovido por el Poder Ejecutivo, no cumple con la Constitución ni con los Convenios de la OIT y que recurre a diferentes mecanismos para imposibilitar la negociación colectiva en el sector público, a pesar el mandato claro del Tribunal Constitucional. Es de esperar que esta situación se corrija en un futuro cercano respetando la Constitución y el bloque de constitucionalidad.

Laborem

N.º 21 / 2019

SEGURIDAD SOCIAL



NECESIDAD DE EXTENSIÓN E IMPLEMENTACIÓN DEL CONVENIO 102 DE LA OIT SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL PERÚ

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ*

RESUMEN: El objetivo del presente artículo es analizar la extensión e implementación del Convenio 102 de la OIT sobre seguridad social en el Perú, con el fin de intentar resolver los graves problemas sociales del país como son la injusta distribución de la riqueza y la persistente pobreza y desigualdad social. Este artículo es una investigación histórica y descriptiva sobre el origen de los seguros sociales y la seguridad social, el contenido del Convenio, y los instrumentos y fundamentos para su cumplimiento.

PALABRAS CLAVE: Convenio 102 de la OIT, seguro social y seguridad social, impuestos, rol del Estado

ABSTRACT: The objective of this article is to analyze the extension and implementation of the ILO Convention 102 on social security in Peru, in order to try to solve the main social problems of the country such as the unequal distribution of wealth and the persistent poverty and social inequality. This article is a historical and descriptive research on the origin of social insurance and social security, the content of the Convention, and the instruments and grounds for its fulfillment.

KEYWORDS: ILO Convention 102, social insurance and social security, taxation, role of the State

165

* Máster en Seguridad Social por la Universidad Alcalá de Henares (España), profesor y coordinador de la maestría de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, profesor visitante de la Universidad Privada de Piura, autor de varios libros y artículos en su especialidad.
leogamarravilchez@hotmail.com

SUMARIO: I. Introducción. II. Origen de los seguros sociales y de la seguridad social. 1. *Los seguros sociales como etapa previa de la seguridad social.* 2. *Limitaciones de los seguros sociales y el camino a la seguridad social.* III. La OIT y el derecho a la seguridad social. 1. *El contenido del derecho a la seguridad social según la OIT.* 2. *¿En qué consiste el Convenio 102 de la OIT sobre seguridad social?* IV. ¿Cómo extender e implementar el Convenio 102 de la OIT en el Perú? 1. *Necesidad de la regulación tributaria y los principios fundantes.* 2. *El fundamento jurídico de la seguridad social.* 3. *Rol del Estado y voluntad política.* V. Conclusiones. VI. Bibliografía.



I. Introducción

Tratar este artículo, bajo el expresivo nombre mencionado, presupone que existen soluciones para la extensión e implementación del Convenio 102 de la OIT sobre la Seguridad Social en el Perú, bajo la égida del centenario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que se hace merecedor de nuestro más sentido homenaje de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

166

Como sabemos “la organización se prepara para celebrar su centenario. El mundo en el cual desarrolla sus actividades ha cambiado drásticamente. Hija de la revolución industrial, había conseguido promover una combinación convincente de progreso económico y justicia social” (Servais, 2017, 38). En ese sentido, nuestro objetivo es analizar la necesidad de extensión e implementación del Convenio 102 de la OIT, sobre la Seguridad Social, en nuestro país que tiene graves problemas sociales y se halla atravesado por profundas fallas y desencuentros políticos que marcan su dinámica pasada y presente, con precariedad de sus instituciones y con graves problemas estructurales como la injusta distribución de la riqueza, la desigualdad social y la persistente pobreza.

El artículo se divide en tres partes que solo plantea las herramientas precisas para la extensión e implementación de una Seguridad Social para todos en el Perú: el primero, tiene como objeto mostrar cómo nacen los seguros sociales en momentos muy especiales en Europa, y logran luego pasar a la Seguridad Social; en el segundo, desarrollar el contenido de la Seguridad Social a través del Convenio 102 de la OIT sobre la Seguridad Social; y el tercero, revisar y sistematizar los instrumentos y fundamentos para la extensión e implementación del Convenio 102.

II. Origen de los seguros sociales y la seguridad social

Los seguros sociales como la Seguridad Social nacieron en momentos muy especiales en Europa, por medidas sociales, económicas y políticas de los Estados. Es decir, fue posible pasar de un estado de necesidad, como situación de riesgo específicos de los trabajadores, a los seguros sociales y luego a un Estado de Bienestar (en adelante EdB) a través de la Seguridad Social como sistema de protección a toda la población y contra todos los riesgos. Esta constatación es fundamental para entender la necesidad de extender e implementar el Convenio 102 de la OIT sobre Seguridad Social.

1. Los seguros sociales como etapa previa de la Seguridad Social

Los seguros sociales contributivos, solidarios y públicos nacieron a fines del siglo XIX, en un contexto de industrialización en Europa que sentaron las bases del desarrollo económico y crearon las condiciones para que vastos sectores de trabajadores se organizaran y demandaran el respeto y promoción de mejores condiciones de trabajo y de vida. Posteriormente surgió la Seguridad Social como instrumento de política social y redistribución del ingreso nacional, promovida desde el siglo XIX con los seguros sociales, habiendo alcanzado su consolidación a lo largo del siglo XX como paradigma de Europa occidental.

Así, hace más de 136 años, Alemania se convirtió en el primer país del mundo en adoptar un programa de seguro social, diseñado por Otto von Bismarck: en 1881 con la Ley de seguro de accidentes de trabajo, en 1883 con la Ley de enfermedades y el año de 1889 con la Ley de seguro contra la vejez (jubilación)¹.

Estos hechos influyeron en la reflexión oficial de la Iglesia Católica, en 1891, con la Encíclica *Rerum Novarum* del Papa León XXIII, sobre los problemas sociales, el reconocimiento de la dignidad del trabajo, la denuncia de las condiciones infrahumanas del trabajador y el planteamiento de posibles soluciones.

Este proceso se consolidó con la creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919, que constituyó un hito importante en el proceso de recono-

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

cimiento de los derechos sociales de los trabajadores en el mundo; asimismo, con el reconocimiento del sufragio universal².

Estos seguros parten del concepto que los trabajadores deben aportar para recibir determinadas prestaciones en la lógica de evitar o superar el riesgo en general y específicamente el riesgo laboral. La evidencia disponible en la literatura convencional acerca del comportamiento de los trabajadores, muestra de manera típica un grado de “miopía”³, pues las personas libradas a su suerte, no hacen planes previsionales o no logran los niveles de ahorro suficientes (de cualquier tipo que este sea y no sólo monetario) como para financiar el período en el cual no pueden seguir laborando sea porque les es imposible, sea porque no consiguen empleo, careciendo entonces de un ingreso estable para ese periodo.

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

Estos seguros siguen el modelo “Bismarck” que es financiado por los trabajadores y empleadores y administrado por el Estado. La diferencia radica en que el seguro social se limita a sustituir la pérdida de la capacidad de ganancia producto de una contingencia, basada en la contribución individual; mientras que la seguridad social se orienta a la redistribución de ingresos en beneficio de todos⁴.

2 Al respecto, ver el trabajo de Hélène Delcourt, *Droit Social*, Cardjin Louvain-la-Neuve, anne academique 2014-2015, Bélgica.

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

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

2. Limitaciones de los seguros sociales y el camino a la seguridad social

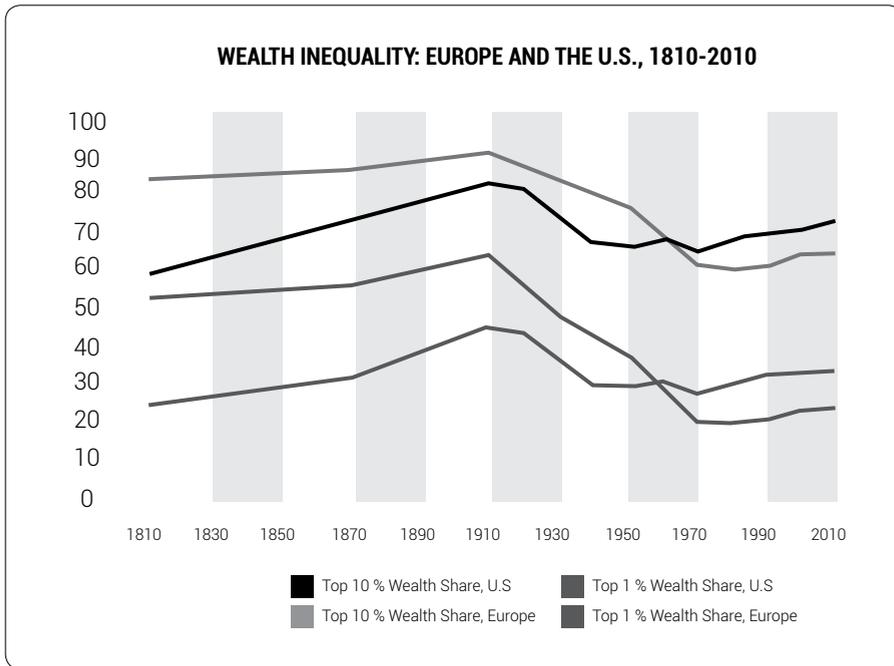
Los seguros sociales muestran aspectos polémicos, especialmente en América Latina⁵, como la cobertura minoritaria respecto a la población, las cotizaciones de los empleadores en momentos de crisis, las limitadas prestaciones, la complejidad administrativa y burocrática, que han originado el divorcio del sistema previsional respecto a los beneficiarios y se expresa en problemas permanentes como la deuda previsional y la falta de institucionalidad de las prestaciones.

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

En efecto, en la década de 1930, después de la primera guerra mundial y de la crisis económica, se aplicaron fuertes impuestos al capital. En el siguiente gráfico⁶, podemos apreciar la evolución de la participación en la renta a lo largo de los siglos XIX, XX y XXI en Europa. Observamos que el punto de quiebre, es el año de 1910 consolidándose en el año de 1930 hasta 1970, de la renta nacional durante ese periodo; no obstante, a partir de los años 70, la concentración de la riqueza nacional está volviendo a los niveles de la pre-guerra.

5 En el Informe del Banco Mundial, *Manteniendo la promesa de seguridad de ingresos para los de edad avanzada en Latinoamérica*, analiza 11 países de la región concluyendo que las reformas ignoraron el papel del primer pilar público en la reducción de la pobreza, ya que el asunto de la cobertura era uno de los objetivos de las reformas de los sistemas de jubilación. Y propone, tanto para orientar a las autoridades de los países que ya están en proceso de reforma, como para aquellos que están considerando emprenderlas, que deben prestar más atención a la función de prevenir la pobreza, para la cual consideran fundamental los pilares públicos, concretamente “la formación de un primer pilar robusto de jubilaciones”.

6 Facundo Alvaredo and Thomas Piketty, “The Dynamics of Income Concentration over the Twentieth Century the Case of Advanced Economies”, november 2008.



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

Según Piketty las rentas del capital de los más ricos (de donde proviene gran parte de su riqueza) no se pudieron recuperar hasta después de 1970. Quiere decir, que la concentración de la riqueza se afectó en los años de la década de 1930 básicamente a causa de la introducción de impuestos progresivos como el impuesto sobre las rentas del capital que permitieron financiar y sostener un EdB⁷(2013, 40).

Así, empezó el nacimiento y desarrollo de los Estados de Bienestar en toda Europa. Entonces, el paso de los seguros sociales sólo para algunos a una seguri-

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

dad social para todos los ciudadanos marca la aparición del EdB. Es decir, los derechos de la seguridad social como las pensiones, la sanidad, el desempleo, junto a los servicios sociales, el derecho a la educación, la cultura y otros servicios públicos aplicables para todos los ciudadanos y no sólo para los trabajadores, definieron el EdB como propio de la democracia europea como una herramienta política para proteger a todos y reducir las desigualdades sociales.

Por ello, la implementación de sistemas de seguridad social se ha vuelto una de las principales características del EdB desde mediados del siglo XX. En este sentido, con el Informe Beveridge⁸, en el que se proponía superar el problema de pobreza de la población de Gran Bretaña, la seguridad social adquirió un concepto aún más amplio. Los programas de asignaciones familiares, de salud pública, de asistencia social, de empleo y otros, de carácter no contributivo y financiado a través del fisco, pasaron a integrar, junto al seguro social, el universo de políticas de seguridad social. Esto último revela en toda su dimensión la íntima ligazón entre la política de desarrollo y la de seguridad social como un derecho fundamental reconocido universalmente⁹.

Por su puesto, que esta idea no es compartida ciertamente por quienes aceptan que el “óptimo social” se logra con la ausencia total de la intervención del Estado en la economía y neutralidad respecto a los problemas sociales¹⁰ o de quienes sostienen el individualismo como alternativa frente a los problemas económicos y sociales que actualmente atraviesa la sociedad¹¹. Por eso, la necesidad de la se-

8 El Informe Beveridge (1941) que luego se transformó en plan de inspiración keynesiana fue la base del EdB. Jhon Maynar Keynes (1883-1946), su obra más importante, en la cual detalla la esencia de su doctrina, se titula “Teoría general del empleo, el interés y el dinero”. Obra que tuvo su origen en la depresión económica de los años 30 y cuyos planteamientos transformaron el pensamiento económico en el siglo XX.

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

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

11 En un contexto mundial de un nuevo individualismo, escindido de ideales sociales y de toda solidaridad, con aspiraciones al bienestar material y creciente hedonismo que tiende a hacer del logro individual el fin de la existencia (Ver Jean Poirier, *La Machine à civiliser*, en *Histoire de mœurs*, La

guridad social en el mundo es admitida por todos, aunque con diferentes matices y énfasis¹².

Es verdad, “el trasfondo del Derecho de la Seguridad Social se encuentra en la imposibilidad de satisfacción de necesidades individuales y colectivas por los propios sujetos. Esta realidad, que se muestra hoy claramente, es el resultado de experimentar distintos mecanismos de protección de tales necesidades por los propios sujetos necesitados (...). En cualquier caso, la experiencia demostró la necesidad de intervención del Estado para proteger las necesidades de éstos –los trabajadores- y otros sujetos –el resto de la población-, haciendo gala de un principio de protección universal que, aún hoy día, no se ha conseguido en su plenitud” (Rodríguez, Gorelli y Vílchez, 2005, 27).

III. La OIT y el derecho a la seguridad social

Como señalamos la creación de la OIT constituyó un hito en el reconocimiento de los derechos sociales de los trabajadores y de la Seguridad Social para toda la población. En ese sentido, empezaremos con el contenido del derecho a la Seguridad Social según la OIT, luego desarrollaremos en qué consiste el Convenio 102 de la OIT sobre la Seguridad Social. Veamos.

1. El contenido del derecho a la seguridad social según la OIT

El riesgo, como un hecho futuro e incierto, constituye el núcleo de los seguros en general. Y los riesgos sociales y el principio de universalidad, para la Seguridad Social, tienen como base la Recomendación 67 de la OIT de 1944¹³ y el Convenio 102 de la misma organización de 1952¹⁴. Estos riesgos sociales,

Pleíade, París, 1991; Gilles Lipovetsky, *L'ère du vide*, Gallimard, París, 1993); Adela Cortina, *Por una ética del consumo*, Ed. Taurus, Madrid, 2002. También ver la entrevista al sociólogo polaco, Zygmunt Bauman, quien acuñó el concepto de la “sociedad líquida” (Diario El Mundo, Madrid, 4 de mayo de 2013, p.20).

12 Es innegable que las sociedades desarrolladas y democráticas tienden a obtener, en general, ciertos niveles mínimos de bienestar que en el campo de la seguridad social se traducen en el respeto a principios que reflejan su concepción de la dignidad humana.

13 “La Recomendación número 67 apenas mencionada, ha de considerarse todavía hoy uno de los estándares más progresista de la OIT...” (José Manuel Del Valle, *El Derecho de la Seguridad Social*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018, p.151).

14 Los riesgos sociales reconocidos por la OIT son los siguientes: la enfermedad y los accidentes comunes, la maternidad, la invalidez, la vejez, las cargas familiares, los accidentes de trabajo, las enfermedades profesionales, el desempleo y la muerte.

afectan a la población generando un estado de inseguridad o peligro; sin embargo, existe un fenómeno adicional, pero no por ello menos importante para el Estado, de imponer recaudaciones y el hecho que, teniendo un horizonte más largo de existencia, puede distribuir el peso entre las generaciones, aspecto que no siempre es planeado prospectivamente, pues la presión del corto plazo puede ser eventualmente dilapidadora de fondos de largo aliento.

La seguridad social constituye no sólo un seguro, donde se corresponden aportaciones actuales y prestaciones futuras, sino que también cumple una función redistributiva, en tanto es socialmente equitativo porque a los que están en peor situación se les apoya o reciben prestaciones relativamente mayores a lo que aportaron.

En efecto, “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. Concebido simplemente como un programa de ahorro y seguro, es de justicia que las pensiones que reciban los diferentes individuos correspondan a sus contribuciones previas. En cualquier programa de seguro, algunas personas reciben, desde luego, más de lo que aportan. En este contexto cabría esperar que las que viven más o las que necesitan jubilarse antes recibirán más de lo que aportan, por lo tanto, para que haya justicia lo único que se exige es que las pensiones ‘esperadas’ de cualquier individuo se correspondan con su contribución” (Stiglitz, 2015, 372).

Incluso en contextos como el peruano, se requiere considerar a todos los ciudadanos que no tuvieron acceso a ninguno de los sistemas por razones de informalidad y pobreza¹⁵. La evidencia disponible en la literatura convencional acerca del comportamiento de las personas, muestra de manera típica un grado de “miopía”¹⁶, pues las personas libradas a su suerte, no hacen planes previsionales o no logran los niveles de ahorro suficientes (de cualquier tipo que este sea, y no sólo monetario) como para financiar el período en el cual no podrían seguir laborando sea porque les es imposible, sea porque no consiguen empleo, careciendo entonces de un ingreso estable para ese periodo.

15 Así, el modelo español es “un modelo abierto y basado sobre el criterio de la configuración legal” (Jesús Cruz Villalón, *Compendio de Derecho del Trabajo*, Novena edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2016, p.572).

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

En la medida que las personas no son previsoras, se justifica que la sociedad encuentre conveniente que el Estado intervenga “obligando” a los trabajadores a tener comportamientos previsionales. En ese sentido, las prestaciones del seguro social son un bien preferente¹⁷; es decir, un bien que el propio Estado impone a los ciudadanos para su propio bienestar teniendo en cuenta que una buena parte de los costos de que un individuo no haya comprado ese bien recae sobre los otros¹⁸.

Así, tenemos 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 en el Perú con el Programa Nacional de Asistencia Solidaria, Pensión 65, que busca brindar protección a las personas mayores de 65 años que se encuentren en pobreza extrema, de acuerdo a los criterios de calificación del Sistema de Focalización Hogares (SISFOH). Cabe, insistir que se tratan de programas de determinados gobiernos y que no garantizan su permanencia porque no son parte de un piso de protección social.

Por otro lado, la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, fundada en 1954 en Lima, conforme lo señalan sus Estatutos es “un Organismo Internacional, técnico y especializado, que tiene como finalidad promover el bienestar económico y social de los países iberoamericanos (...) mediante la coordinación, intercambio y aprovechamiento de sus experiencias mutuas en seguridad social”. También tenemos la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre que reconoce la protección de los derechos esenciales¹⁹.

2. ¿En qué consiste el Convenio 102 de la OIT sobre seguridad social?

El convenio 102, adoptado en 1952, entró en vigor en 1955, estableciendo las normas mínimas sobre seguridad social. Contempla un mínimo de nueve prestaciones sociales: asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad,

17 En las políticas sociales también se encuentra la denominación “bien meritario”. Ver el texto de Luis de Sebastián, *Participación por Contrato: La participación como mecanismo contractual en las políticas sociales*, BID, 1997.

18 Hay que recordar que la literatura sobre seguridad previsional, fundamenta la existencia del sistema de pensiones en una “falta del mercado” en el sentido que está demostrado con amplitud, que los individuos librados a su propia voluntad no consiguen el ahorro necesario para financiar una pensión de retiro y que puedan gozar de un período de retiro luego de su vida laboral.

19 “La protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad” (Art.32.2).

desempleo, vejez²⁰, accidente de trabajo y de enfermedad profesional, prestaciones familiares, maternidad y prestaciones de invalidez. Y “no cabe duda de que ha jugado un papel central en la consolidación de la seguridad social como rama del Derecho Internacional, aunque de un modo un tanto peculiar. Las ratificaciones de este instrumento no han sido muchas (además muy pocas lo han asumido en su totalidad). Entre ellas destacan las de los países desarrollados en general y europeos occidentales en particular” (Del Valle, 2018, 151).

El Convenio se basa en la premisa de que no hay un solo modelo de seguridad social y refleja los valores sociales y culturales de los países, su historia, sus instituciones y su nivel de desarrollo económico, por lo que incluye varias cláusulas de flexibilidad, permitiendo a los Estados Miembros que lo ratifican alcanzar gradualmente la cobertura universal. El Artículo 9 estipula expresamente tres alternativas: el Estado puede optar por proteger al 50% de todos los asalariados, al 20% de toda la población residente económicamente activa o al 50% de todos los residentes.

Un Estado que ratifique el Convenio tiene que aceptar las partes comunes y al menos 3 de las 9 ramas de la seguridad social, incluyendo al menos una de las siguientes cinco: desempleo, vejez, accidentes de trabajo, invalidez y sobrevivientes. Existe la posibilidad de ratificar en una etapa posterior más ramas de la seguridad social de acuerdo con la situación socio-económica del país. Por consiguiente, los Estados pueden ratificar sin estar obligados a incluir en su legislación todas las prestaciones; se les deja construir su propio programa de acuerdo con sus necesidades y su etapa de desarrollo.

El Convenio 102 exige igualmente la realización de valuaciones actuariales de manera regular para garantizar la sostenibilidad de los regímenes. Además, el Convenio 102 establece que los regímenes de seguridad social deben ser administrados sobre una base tripartita con el fin de garantizar y fortalecer el diálogo social entre gobiernos, empleadores y trabajadores.

El Perú ratificó el Convenio 102 (Norma Mínima de Seguridad Social) el 23 de agosto de 1961 y señaló como partes obligatorias las referidas a: asistencia médica, prestaciones monetarias por enfermedad, prestaciones por vejez, presta-

20 El Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), haciendo referencia a las prestaciones de vejez, señala que: *La contingencia cubierta será la supervivencia más allá de una edad prescrita (...). La edad prescrita no podrá exceder los sesenta y cinco años. Sin embargo, la autoridad competente podrá fijar una edad más elevada, teniendo en cuenta la capacidad de trabajo de las personas de edad avanzada en el país que se trate*”.

ciones por maternidad, y prestaciones por invalidez. Se acogió a las excepciones temporales sobre cobertura y duración de las prestaciones médicas, prestaciones monetarias por enfermedad, prestaciones por vejez y prestaciones por maternidad.

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.

En la 101 Conferencia General de la OIT del año 2012 se adoptó la Recomendación 202 sobre Pisos de Protección Social. Relevante debido a que proporciona orientaciones para: establecer y mantener, según proceda, pisos de protección social como un elemento fundamental de sus sistemas nacionales de seguridad social, y; 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.

La Recomendación 202 reconoce la responsabilidad general y principal del Estado respecto de estas garantías básicas de la seguridad social, las cuales deben de aplicarse siguiendo los siguientes principios: a) universalidad de la protección, basada en la solidaridad social; b) derecho a las prestaciones prescrito por la legislación nacional; c) adecuación y previsibilidad de las prestaciones; d) no discriminación, igualdad de género y capacidad de responder a las necesidades especiales; entre otros²¹.

Finalmente, tenemos el documento²² “La Estrategia de Desarrollo de los Sistemas de Seguridad Social de la OIT, el papel de los pisos de protección social en

21 “e) inclusión social; f) respeto de los derechos y la dignidad de las personas; g) realización progresiva, a través del establecimiento de objetivos y plazos; h) consideración de la diversidad de métodos y enfoques, i) gestión financiera y administración sanas, responsables y transparentes; j) coherencia con las políticas sociales, económicas y de empleo; k) coherencia entre las instituciones encargadas; l) servicios públicos de alta calidad; m) eficacia y accesibilidad de los procedimientos de reclamación y de recurso; n) seguimiento regular de la aplicación y evaluación periódica; ñ) pleno respeto de la negociación colectiva y de la libertad sindical, y; o) participación tripartita...”.

22 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. Para ello se aprobaron una serie de investigaciones, consultas tripartitas en los planos mundial, regional y nacional; y de actividades con las agencias del Sistema de las Naciones Unidas, instituciones financieras internacionales y organizaciones de la sociedad civil.

América Latina y el Caribe”²³, que recomienda que los programas y políticas de protección social deberían basarse en derechos y ser sostenibles.

IV. ¿Cómo extender e implementar el Convenio 102 de la OIT en el Perú?

El proceso de apertura e inserción del Perú en la economía mundial que se ha venido desarrollando no ha ido de la mano con el desarrollo, expresado en mecanismos más efectivos de integración social para que los frutos del crecimiento económico repercutan en el mejoramiento del bienestar de la gente²⁴.

Por otro lado, los altos niveles de informalidad han dañado considerablemente la base imponible y la estructura económica de muchos países; especialmente en el Perú, de ahí la importancia en desarrollar la necesidad de la regulación tributaria y los sistemas tributarios bien diseñados para su correcta implementación, como veremos a continuación.

1. Necesidad de la regulación tributaria y los principios fundantes

El Estado en virtud del *Ius imperium* recauda tributos en forma directa o a través de organismos públicos a los que la ley le otorga tal derecho. Es decir, el Estado es el único que tiene poder tributario como facultad para imponer a las personas naturales o jurídicas la obligación de aportar una parte de sus ingresos con el fin de satisfacer las necesidades de la colectividad²⁵. Pero de no existir una norma no hay posibilidad de exigir su cumplimiento, como señala el aforismo latino: *nullum tributum sine lege*.

23 Véase: Helmut Schwager, Pablo Casali y Fabio Bertanou (Coordinadores), OIT, Oficina regional para América Latina y el Caribe, 2014, 113 p.

24 La utilización sólo de medidas laborales con objetivos macroeconómicos, en un escenario de crisis económica internacional, no es suficiente. Es fundamental promover el empleo decente, pero activando un círculo virtuoso con los seguros sociales en perspectiva de la Seguridad Social para la transformación económica y social del país.

25 En este aspecto existen posiciones encontradas en torno a la relevancia e irrelevancia del concepto de soberanía estatal en el asunto tributario. Especialmente en estos tiempos con la aparición de mecanismos de integración entre países con cierta afinidad económica, lo que origina la creación de organismos supranacionales.

Podemos decir que la relación entre impuestos y desarrollo²⁶ es crucial para el desempeño económico de cualquier país, y en particular para los países en desarrollo porque una correcta relación entre ambos no sólo aumenta la recaudación sino también puede tener externalidades positivas.

Según la *sociología fiscal*, “la fiscalidad puede fomentar la construcción del Estado proporcionando un punto de negociación entre el Estado y la ciudadanía, y desarrollando instituciones de alta calidad para la recaudación de impuestos” (FMI, 2011, 55). En efecto, si bien un buen sistema tributario²⁷ puede ayudar a la mejora de las instituciones, a su vez lo inverso también es posible: instituciones sólidas ayudan a llevar a cabo adecuadas reformas tributarias, las cuales a su vez permiten un mejor desarrollo institucional²⁸.

Por último, tenemos dos grandes desafíos en nuestro país que son la pobreza y la desigualdad; en ese sentido, consideramos importante el enfoque de los impuestos como instrumentos para hacer frente a estos desafíos. Nuestra propuesta se basa en la idea de que los ingresos fiscales deben ser reinvertidos en políticas redistributivas y qué mejor que la extensión e implementación de la Seguridad Social. Pero, para hacer esto, como lo mencionan Boadway y Sato la reforma del sistema tributario y de la administración tributaria debe ir de la mano, ya que, “en los países en desarrollo, la administración tributaria es la política tributaria” (2009, 67).

Sobre los principios tributarios que pueden aplicarse existen tantos como autores tenemos. Por ello, qué mejor que recordar y retomar los planteados por Adam Smith²⁹. El formuló los primeros cuatro grandes principios fundantes de

26 Este nuevo enfoque de “impuestos y desarrollo” es todavía limitado. En ese sentido, debemos reconocer que los países en desarrollo han aplicado nuevos instrumentos tributarios para hacer frente a sus principales problemas; pero, por muchas razones esos instrumentos no se incluyen en la teoría ni en el diseño de políticas. Por ello, es necesario tener en cuenta la idiosincrasia de los países en desarrollo al momento de diseñar y aplicar las políticas respectivas en este enfoque.

27 Piénsese en la eliminación de facultades discrecionales que son oportunidades de corrupción, el desarrollo de servicios que ayuden al contribuyente, trabajar conjuntamente con el sector privado, la información de las políticas fiscales y la descentralización de las competencias en materia fiscal. Así, en los países en desarrollo, las experiencias en torno a la creación de autoridades fiscales, en los últimos años, son signos alentadores; como ha sucedido en Uganda o en Perú que desde 1991 frenó el incumplimiento de pago.

28 Para ello es fundamental educar a los contribuyentes en términos fiscales. Un Estado de bienestar no puede ser construido correctamente si los ciudadanos no internalizan la importancia de pagar impuestos. Para ello, es necesario la publicación de los presupuestos de gastos fiscales. Así los contribuyentes sabrán que su dinero tiene un buen uso.

29 Economista inglés, en su libro “*Wealth of Nations*” publicado en 1789.

la tributación que continúan inspirando las legislaciones modernas: principio de justicia, de certidumbre, comodidad y el principio de economía.

2. El fundamento jurídico de la seguridad social

Hace décadas que nos encontramos ante la internacionalización de la seguridad social que obliga a los Estados, por encima de consideraciones de orden interno, a compromisos de origen supranacional con relación al panorama internacional. “Se trata sin duda, del factor de cambio” (Gonzalo, 1994, 17).

Específicamente, en cuanto al fundamento jurídico de la seguridad social, tenemos a nivel internacional, el Convenio 102 de 1952 de la OIT que define las reglas mínimas en seguridad social que deben cumplir los Estados parte³⁰. También tenemos los Tratados Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el sistema universal de la ONU, y el Protocolo de San Salvador.

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

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.

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

30 Previamente se aprobó la Declaración de Filadelfia en la que plantea “fomentar entre todas las naciones del mundo programas que permitan extender las medidas de seguridad social...”.

cobertura de determinadas contingencias, pero no se puede negar su implementación como importante y fundamental de una sociedad.

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

El reto entonces consiste en traducir los fundamentos éticos de los derechos humanos en instrumentos operacionales que otorguen factibilidad a nuestras posiciones en la difícil discusión sobre el futuro de la política social³¹. 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 en las políticas sociales modernas.

Además, en todos los países de América Latina, en cada Constitución se reconoce expresamente el derecho a la seguridad social como garantía constitucional universal³². Y la Constitución política peruana dispone en su artículo 55 la incorporación directa de los instrumentos internacionales en el ordenamiento jurídico peruano.

Sin embargo, más allá de buenas intenciones, nunca se tuvo la universalidad en materia de derechos sociales³³; 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.

Por tanto, nunca se aplicó lo que formalmente se reconoce con una verdadera función redistributiva de la seguridad social, expresada en transferir recursos públicos en ejercicio solidario con aquellos que definitivamente no están en condiciones de ahorrar de alguna manera para enfrentar los riesgos sociales, pero que igualmente sobreviven y son parte de la sociedad³⁴.

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

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

33 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.

34 La evidencia empírica sugiere que, si bien la desigualdad está en ascenso en gran parte del mundo,

3. Rol del Estado y voluntad política

Tras el cuestionamiento y minimización, en la década 90, del rol del Estado, la realidad se ha vuelto a imponer y nos encontramos frente a verdaderas limitaciones del modelo neoliberal, como también del cuestionamiento del rol del Estado respecto al mercado. Además, tenemos serias reflexiones sobre una nueva gestión pública³⁵.

Debemos reconocer que en economías en desarrollo la experiencia que el Estado ha adquirido como regulador es limitada. Sin duda alguna, en la década de los 90 en América Latina se hizo mucho daño al rol de las instituciones como es el Estado. De hecho, la participación del Estado es fundamental, por mucho que se intente atribuirle un papel subsidiario y subalterno en un proyecto como la seguridad social. Para lograr una estructura económica y social que tenga como base la igualdad y la justicia, se necesita la voluntad política con valores. La siguiente cita de Smith nos demuestra que la economía por sí sola no permite la organización eficiente y equitativa de la sociedad: “No es de la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero que esperamos nuestra comida, sino de la consideración que ellos hacen de sus propios intereses. Apelamos no a su sentido humanitario sino a su amor por ellos mismos” (1776, 13).

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

También Sen sugiere que se requiere de instituciones y de una ética en el comportamiento (2000, 114). En ese sentido, hoy los distintos agentes en la sociedad, debemos poner en práctica no sólo estas virtudes sino también las complejas interrelaciones como los valores que no nos exigen desmerecer el papel

existe una diferencia sustancial entre Europa occidental y América Latina, porque actualmente tiene los mismos niveles de inequidad en la renta que Europa en 1900; sin embargo, con un crecimiento económico permanente de dos décadas a diferencia de Europa.

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

del razonamiento económico, todo lo opuesto, nos obliga a ampliar el análisis económico. La equidad y la libertad que no pueden ser reservadas sólo para unos pocos, de ahí que la desigualdad es una preocupación central en la perspectiva de la libertad, y, en consecuencia, en la idea de “desarrollo como libertad”.

Y cuando hablamos de desigualdades es necesario analizar no sólo de qué manera superar la sino también apreciar el contraste que existe entre la perspectiva de la renta y la perspectiva de las capacidades. La desigualdad de la renta, sostiene Sen, puede ser muy diferente de la desigualdad en algunos otros “espacios” (es decir, en función de otras variables relevantes), como el bienestar, la libertad y los diferentes aspectos de la calidad de vida (incluida la salud y la longevidad) (2000, 120).

Entonces, cuando se examinan y evalúan las medidas, como las que estamos proponiendo, que aspiran a reducir la desigualdad, se debe tomar en cuenta la relación entre la renta y las capacidades. Hay otros factores económicos que influyen en la privación de capacidades y las libertades fundamentales. Además de la falta de renta, como por ejemplo pueden ser las tasas de mortalidad, la desnutrición, el analfabetismo, entre otras.

Por lo tanto, la relación instrumental entre la falta de renta y la falta de capacidades-sostiene Sen- varía de unas comunidades a otras e incluso de unas familias a otras y de unos individuos a otros. En conclusión, la institucionalidad debiera permitir un adecuado alineamiento de intereses e incentivos, la reducción de los costos de transacción existentes y la posibilidad de decidir como ciudadanos; es decir con mecanismos tales que impidan la “selección adversa”, el “azar moral”, las “asimetrías de información” que se refieren a ciertos derechos³⁶, y no a los derechos de “trasfondo” como llama Sen³⁷.

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

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

V. Conclusiones

Podemos señalar algunas ideas, a manera de conclusión, influenciado por “el espíritu del tiempo”³⁸: hemos tratado el paso histórico del estado de necesidad al Estado de Bienestar como el nacimiento de la seguridad social en Europa, producto de una política fiscal que ha permitido su financiamiento. Eso demuestra que es posible una política fiscal anclada en la justicia y solución de los problemas sociales. Es decir, los instrumentos de la política fiscal, que son el gasto público y los impuestos, deben no sólo focalizarse en su función recaudatoria, en el caso de los impuestos, sino sobre todo en su función redistributiva.

Existe necesidad del paso del estado de necesidad al Estado de Bienestar en el Perú a través de la seguridad social, mediante la acción determinante del Estado. Es decir, estamos ante el deber de observancia de los estándares de la OIT y la internacionalización de la seguridad social con el cumplimiento, extensión e implementación del Convenio 102 de la OIT sobre seguridad social. “La implementación de este contenido proporciona, sin duda, virtualidad real al Estado social de Derecho” (Garrido, 2013, 19).

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. En ese sentido, debemos revalorar y redescubrir la política fiscal, construir una nueva economía pública anclada en la justicia para garantizar el bien común de todos.

VI. Bibliografía

Base de datos de gasto social de la OCDE en www.oecd.org/els/social/expenditure

BOARDWAY Y SATO, “Optimal Tax Design and Enforcement with an Informal Sector”, American Economic Association, vol. 1(1), pages 1-27, February 2009

Help Age International, *Logrando la seguridad de ingresos en la vejez: haciendo un balance y extendiendo los límites*, Londres, 2012.

FERNÁNDEZ, Gustavo Leal; Manufacturando un “consenso” mediático. La seguridad social “universal” de Peña Nieto Levy, Estudios Políticos, vol. 9, núm.

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

34, enero-abril, 2015, pp. 65-92 Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México.

FRASER, Nancy; *Escalas de justicia*, Barcelona: Herder, 2008. *Del capitalismo gestionado por el Estado a la crisis neoliberal*, Ecuador: Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2015.

GAMARRA VÍLCHEZ Leopoldo, “Privatización de la seguridad social en el Perú”, en la Revista Páginas, Nro. 150, abril 1998. *La ética laboral y ciudadana*, Instituto Bartolomé de las Casas y Centro de Publicaciones, Lima, diciembre 2012.

GARRIDO GOMEZ, María Isabel, La eficacia de los derechos sociales hoy, Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

GONZALO GONZÁLES, Bernardo, *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1994.

LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo; *El Estado de las pensiones en Iberoamérica*, IX Informe sobre Derechos Humanos, Federación Iberoamericana de Ombudsman, 2012. “Hacia una reformulación de los principios de universalidad y solidaridad de la protección social en Latinoamérica”, Revista Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social, núm. 4/2017, 2018, p.9-25.

MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela; KURCZYN VILLALOBOS, Patricia. Apuntes sobre el Derecho Internacional de la Seguridad Social y su relación con América Latina, Revista Latinoamericana de Derecho Social, núm. 25, julio-diciembre, 2017, pp. 37-70 Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México.

Ministerio de economía y finanzas, Los sistemas de pensiones en el Perú, Lima, mayo de 2004.

OIT, ¿Pueden los países de bajos ingresos costearse seguridad social básica?, 2008; *Desarrollando una política de protección social nacional integrada*, 2010; *Pisos de protección social para una globalización justa e incluyente*, 2011.

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

RODRÍGUEZ, María José; GORELLI, Juan y VÍLCHEZ, Maximiliano, Sistema de Seguridad Social, Séptima edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

SEN, Amartya, La Pobreza como privación de capacidades (capítulo 4), en Desarrollo y Libertad, Editorial Planeta, Buenos Aires, 2000.

SERVAIS, Jean - Michel, España y las normas de la OIT o cómo renovar una bella historia, en José Luis Gil Gil (Dirección y coordinación), España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante, Ediciones Cinca, Madrid, diciembre 2017.

SMITH, Adam, “An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations”, vol 1, Londres, 1776.

SUPIOT, Alain, *Homo juridicus Essai sur la fonctio anthropologique du Droit*, Editions du Seuil, Paris, 2005.

STIGLITZ, Joseph, La Economía del Sector Público, 4ta Edición, Barcelona: Antoni Bosch Editor, 2015.

DERECHO A LA PENSIÓN A LOS 100 AÑOS DE LA OIT: IMPORTANCIA DEL ESTÁNDAR INTERNACIONAL Y DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

ÁLVARO VIDAL BERMÚDEZ*

El artículo que presenta Álvaro Vidal aborda el crucial problema de la ineffectividad del derecho a la pensión en el Perú. Este análisis viene sentado de una nutrida invocación a criterios emitidos por órganos de control de los Sistemas Internacionales de derechos humanos relevantes: el interamericano y el mundial de la OIT. Todo esto se enmarca en una visión crítica al cumplimiento del rol estatal que demanda el derecho a la pensión, que hace uso del Derecho Internacional para evidenciar la inconsistencia entre los estándares internacionales y los domésticos.**

187

SUMARIO: I. Introducción. II. Futuro del trabajo y derecho a la pensión. III. Déficit de cumplimiento del derecho a la pensión en el Perú. IV. El estándar internacional del derecho a la seguridad social y a la pensión. V. El bloque de constitucionalidad – convencionalidad del derecho a la seguridad social. VI. Control de convencionalidad: evolución de la doctrina de la CIDH. VII. Derecho a la seguridad social y a la pensión: carácter autónomo y justiciable. VIII. Derecho a la seguridad social y *corpus iuris* internacional. IX. Derecho a la seguridad social: definición, elementos constitutivos y fundamentales. X. Obligaciones del Estado respecto del derecho a la pensión. XI. Conclusiones

* Profesor de Seguridad Social y Clínica Jurídica de la PUCP, y de Tendencias en Derecho Previsional de la Maestría de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la UNMSM. Ha sido profesor invitado por las Universidades de la República del Uruguay, y del Rosario, Javeriana y Nacional de Colombia. Máster en Relaciones Laborales y Diálogo Social por la Universidad de Castilla La Mancha (España) y en Gestión de los Sistemas de Seguridad Social por la Universidad de Alcalá de Henares (España). Abogado y consultor. Ha realizado publicaciones en materia laboral y de protección social para la OIT, OIM y CEPAL. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

** Reseña efectuada por los editores de *Laborem* 21.

I. Introducción

Hace cien años, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su preámbulo, consideró de urgente necesidad mejorar las condiciones de empleo, proteger a los trabajadores frente a las enfermedades y accidentes, cuidar de los niños y adolescentes, y otorgar pensiones de vejez e invalidez.

Se entendió que, si cualquier nación no adoptaba un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que buscasen mejorar las condiciones de los trabajadores de sus propios países. Desde el origen de la OIT, alcanzar la justicia social y la paz, fueron concebidos como parte de un proceso de mejora de los estándares de protección social en los ámbitos nacional e internacional.

El 10 mayo de 1944, durante la vigésima sexta reunión de la Conferencia General, fue adoptada la “Declaración de los fines y objetivos de la OIT, y de los principios que debieran inspirar la política de sus miembros”, más conocida como Declaración de Filadelfia. Esta declaración reafirmó el principio de justicia social, y que todos los seres humanos sin distinción, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica, y en igualdad de oportunidades. Se destacó que lograr las condiciones que permitan llegar a estos resultados debe ser el propósito central de la política nacional e internacional.

La Declaración de Filadelfia reconoció la obligación de la OIT de fomentar entre todas las naciones programas que permitan lograr el pleno empleo, elevar el nivel de vida, extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos, prestar asistencia médica integral, proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores, y proteger a la infancia y a la maternidad, entre otras medidas.

Es decir, se reafirmaron los principios fundacionales de la OIT, a la vez que la necesidad de políticas y programas nacionales e internacionales de extensión de la seguridad social. La importancia de la Declaración de Filadelfia ha sido destacada por Jürgen Habermas, respecto de la consolidación del concepto de dignidad humana, y como esta, “que es una y la misma en todas partes y para todo ser humano, fundamenta la *indivisibilidad* de los derechos fundamentales”, a la vez que su desarrollo explica la trascendencia que el concepto de dignidad humana ha alcanzado en la jurisprudencia (Habermas: 2012)¹.

1 Habermas, Jürgen (2012). La Constitución de Europa. Editorial Trotta. Madrid. Pág. 20.

Los principios de la seguridad social y su estándar mínimo de protección, fueron consolidados en 1952 con la aprobación del Convenio 102 OIT, que combina el reconocimiento de estos principios con medidas objetivas y cuantificables de protección². El año 2001, el Consejo de Administración de la OIT, luego de un amplio debate internacional, confirmó el estatus de norma actualizada del Convenio 102, y el año 2011 la Conferencia Internacional del Trabajo lo reconoció como punto de referencia gradual para la cobertura integral de la seguridad social en ámbitos nacionales.

La Recomendación 202, sobre Pisos de Protección Social, adoptada el año 2012, estableció una estrategia bidimensional de extensión de la protección social. Una dimensión horizontal, referida a la ampliación de la cobertura subjetiva, y otra vertical, referida a la lograr niveles más elevados y mejores de prestaciones sociales.

II. Futuro del trabajo y derecho a la pensión

El reciente informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo titulado “Trabajar por un futuro más prometedor” (OIT: 2019)³, destaca la necesidad de una acción más comprometida por parte de los gobiernos, organizaciones de empleadores y de trabajadores, por revitalizar el contrato social que asegure a los trabajadores una participación justa en el progreso económico, el respeto de sus derechos, y la protección frente a los riesgos sociales. El diálogo social deberá desempeñar un rol fundamental que garantice la eficacia y pertinencia de este contrato social.

El Informe mundial sobre la protección social 2017-2019 (OIT:2)⁴ señala que las pensiones para las personas de edad constituyen el mecanismo más frecuente de protección social en el mundo, así el 68% de las personas que superan

2 El Convenio 102 OIT. Norma mínima de seguridad social aprobado en 1952, tuvo como base las Recomendaciones 67 y 69 sobre la seguridad en los medios de vida, y asistencia médica de 1944. Ambas recomendaciones desde una perspectiva de técnica normativa son consideradas los antecedentes más relevantes del Convenio 102, en tanto reconocen una cobertura extensa, contienen una coherencia interna y presentación sistematizada.

3 OIT (2019). Trabajar para un futuro más prometedor – Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra. Pp. 10-15.

4 OIT (2017) Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019. La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra. Pp. 83-84.

la edad de jubilación perciben una pensión (contributiva o no contributiva). Se destaca que los regímenes públicos, basados en la solidaridad y la cofinanciación, son ampliamente, la forma más generalizada de protección de los adultos mayores a nivel mundial.

Los sistemas de pensiones tienen como objetivos otorgar cobertura a todos los adultos mayores que lo requieran y que el monto alcance un nivel monetario adecuado. Si bien el nivel de suficiencia de las pensiones puede variar de una sociedad a otra por distintos factores, el estándar internacional mínimo planteado por el Convenio 102 OIT es del 40% de la remuneración de referencia. Asimismo, distintos instrumentos internacionales regulan la necesidad de realizar reajustes periódicos en función de criterios objetivos, como el costo de vida, y mediante procedimientos transparentes establecidos por la legislación o prácticas nacionales.

Respecto de las reformas de privatización de los sistemas de pensiones, el informe de protección social señala que entre 1981 y 2002, un reducido número de países (24) emprendieron reformas de sus regímenes de pensiones e introdujeron un modelo sustitutivo, mixto o paralelo basado en cuentas individuales. Sin embargo, debido a las dificultades experimentadas por los sistemas privados para cumplir las expectativas de desempeño, algunos países comenzaron a revertir gradualmente las reformas, de diversas maneras, mientras que en otros se está debatiendo esa reversión.

El informe señala de manera concluyente que “Las políticas de privatización de las pensiones, aplicadas en el pasado en algunos países, no arrojaron los resultados previstos ya que la cobertura y las prestaciones no aumentaron, los riesgos sistémicos recayeron en las personas y la situación fiscal empeoró. En consecuencia, varios países están revirtiendo las medidas de privatización adoptadas y restableciendo los sistemas públicos basados en la solidaridad”⁵

Ante las expectativas generadas por la privatización de las pensiones consistentes en un aumento de cobertura y mejora de las pensiones, sus resultados fueron todo lo contrario, el referido informe sobre la protección social en el mundo muestra que sus efectos son una baja cobertura, costos administrativos elevados, disminución de las pensiones, menores tasas de sustitución, costos fiscales elevados y falta de diálogo social.

5 OIT (2017). Op. Cit. Pág. 84

Las deficiencias de las reformas de pensiones centradas en la capitalización individual y el ahorro forzoso, verificadas a nivel internacional, se muestran con más crudeza en el Perú, a causa de aspectos estructurales como el mayor nivel de informalidad laboral, la alta rotación en el trabajo y las brechas salariales existentes, entre otros factores, que agudizan las deficiencias inherentes a los sistemas de capitalización. A su vez, el actual sistema público de pensiones también tiene graves deficiencias de cobertura, cuantía y acceso, lo que conduce a que, la coexistencia de ambos regímenes de manera paralela no cumpla con los objetivos redistributivos ni de protección que debiera tener un sistema de seguridad social.

El Informe sobre el futuro del trabajo propone un programa centrado en las personas, que las sitúe a ellas y al trabajo en el centro de las políticas económicas, sociales y empresariales. Con este objetivo plantea tres ejes de actuación que concilien crecimiento, igualdad y sostenibilidad: 1) aumentar la inversión en las capacidades de las personas, 2) aumentar la inversión en las instituciones del trabajo, y 3) incrementar la inversión en trabajo decente y sostenible. El primer eje incluye invertir decididamente en las instituciones, políticas y estrategias que apoyen a las personas en las distintas transiciones que implican el futuro del trabajo, y proporcionar protección social universal desde el nacimiento hasta la vejez.

El sistema de protección social propuesto por el Informe sobre el futuro del trabajo debe ser sólido y basado en los principios de solidaridad y reparto de riesgos, a su vez complementa el piso de protección social con regímenes contributivos que proporcionen mayores niveles de seguridad. Es importante destacar que el modelo propuesto tiene como fundamento la solidaridad, no solamente en la base sino también en el complemento contributivo, y se diferencia de otras propuestas que plantean un pilar básico no contributivo (financiado con recursos públicos), complementado con mecanismos de ahorro forzoso y capitalización individual, cuyo efecto no resulta realmente redistributivo.

III. Déficit de cumplimiento del derecho a la pensión en el Perú

A nivel de políticas públicas, las iniciativas generadas en los últimos años por el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República del Perú, no se han concretado en propuestas de reforma estructural que recojan las experiencias ni mejores prácticas internacionales. Recordemos el fracasado intento de afiliación obligatoria de los trabajadores independientes⁶, la comisión de reforma creada el año 2016 cuyo

6 La afiliación obligatoria de los trabajadores independientes a un sistema pensionario fue establecida

informe no fue asumido por el Poder Ejecutivo, y la comisión constituida este año únicamente por miembros del Poder Ejecutivo que a la fecha no ha presentado su informe. Estas deficiencias en el diseño e implementación de políticas públicas no se condicen con la urgencia de realizar reformas estructurales en pensiones.

El porcentaje de población que supera la edad legal de jubilación y percibe una pensión de vejez en las Américas es el 86.2%, en América Latina el 70.8%⁷, mientras que en Perú es alrededor de la mitad. Como se observa, es notorio el déficit de cobertura subjetiva en Perú respecto de otros países de la región.

El sistema de pensiones en el Perú está fragmentado⁸, coexisten tres subsistemas: i) el Sistema Privado de Pensiones (SPP) basado en la lógica del ahorro forzoso y capitalización individual; ii) el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), régimen contributivo, público y de reparto; y, iii) Pensión 65 que es un programa no contributivo que protege a la población más pobre y vulnerable. Estos tres subsistemas actúan en forma independiente y descoordinada lo que introduce elementos que atentan contra la solidaridad y la equidad de su conjunto.

Solamente un 26% de la Población Económicamente Activa esta asegurado en algún sistema pensionario y solamente el 52% de la población de 65 años o más cuenta con algún tipo de pensión, correspondiendo entre los que tienen pensión 47% al SNP, 40% a Pensión 65 y 13% al SPP (Mesa Lago: 2016)⁹. La mayoría de trabajadores está afiliado al SPP, sin embargo menos de la mitad cotiza de manera efectiva, lo cual afectará las posibilidades de concretar su derecho a percibir una pensión adecuada.

En ambos sistemas contributivos la pensión promedio esta por debajo del estándar internacional del 40% de la remuneración de referencia. Asimismo, existen estudios que muestran que con rentabilidades efectivas distintas (de 3%, 3.5% y 4%) en el mediano y largo plazo la tasa de reemplazo del SPP peruano sería la más baja de Latinoamérica, en todos los casos muy por debajo del estándar internacional del 40%. Asimismo, en el SPP se muestran diferencias significativas

por la Ley 29903 del 19 de julio del 2012, y fue derogada por la Ley 30237 del 17 de septiembre del 2014.

7 OIT (2017). Op. Cit. Pág. 88.

8 En lo que resta del presente título seguiremos lo desarrollado por la Nota Técnica elaborada conjuntamente por el autor y el especialista del Departamento de Seguridad Social de la OIT, Sergio Velasco, "Lineamientos para una reforma integral de la seguridad social considerando estándares internacionales de la Organización Internacional del Trabajo" (2017).

9 Información estadística obtenida de Mesa-Lago, Carmelo (2016). "Sugerencias para la re-reforma de pensiones en el Perú". Apuntes. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. En adelante haremos referencia a algunas recomendaciones señaladas en este estudio.

de la cuantía de las pensiones por sexo, es decir, se realizan cálculos diferenciados para hombres y mujeres, resultando éstas últimas perjudicadas por su mayor esperanza de vida al momento de recibir la pensión por vejez. por motivos de género (Durán y Pena: 2011).¹⁰

Dos factores que afectan la cuantía de las pensiones en el caso del SPP son el alto costo administrativo (costo de las comisiones por administración) y la baja densidad de cotizaciones. El costo de las comisiones por administración del SPP peruano ha sido históricamente uno de los más altos de Latinoamérica (1.97% de la remuneración y casi el 20% de la contribución). La reforma del año 2012 estableció que los nuevos afiliados ingresarían a un esquema de comisión sobre fondo acumulado, que también resulta elevado y no determina una disminución efectiva. Al mes de noviembre del 2019 la comisión promedio sobre fondo es el 1.58% del fondo acumulado al año. Este nuevo esquema de cobro de comisión aumentará el costo de las comisiones a medida que el sistema madure y crezca el nivel del fondo, asimismo, obligará a pagar comisiones a las personas que se encuentren desempleadas.

El otro factor que afecta el monto de las pensiones, es la baja densidad de las cotizaciones, determinada por la estructura del mercado laboral peruano, en particular el alto nivel de informalidad laboral, de trabajo autónomo, y de trabajo familiar no remunerado, no cubiertos por los sistemas pensionarios. En el caso del mercado laboral formal la baja densidad de cotizaciones se explica por la alta rotación laboral y que la mayoría de trabajadores dependientes están sujetos a contratación temporal, alrededor de un 70% de los trabajadores dependientes.

Un aspecto vinculado con la cuantía de las pensiones es la desigualdad en los ingresos generada por cada subsistema, así tenemos que esta brecha se ha venido incrementando. Tal como señala Olivera “Según la Encuesta Nacional de Hogares (Enaho) en 2007 la desigualdad de pensiones en el SPP –medida con el coeficiente de Gini- fue de 0,25 mientras que en el SNP fue de 0,20 y para el total de pensionistas fue 0,22. En cambio, en 2013 la desigualdad de pensiones en el SPP aumentó hasta 0,45, mientras que en el SNP fue sólo 0,21 y en el total de pensionistas el Gini fue 0,27” (Olivera: 2016)¹¹. Se destaca que esta tendencia podría continuar debido al mayor número de afiliados del SPP que se jubilarán

10 Durán, Fabio y Pena, Hernán (2011). Determinantes de las tasas de reemplazo de pensiones de capitalización individual: escenarios latinoamericanos comparados. CEPAL. División de Desarrollo Social.

11 Olivera, Javier (2016). “Evaluación de una propuesta de sistema de pensiones multipilar para Perú”. Apuntes. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Lima-Perú.

en los próximos años y a que en este esquema no existe una pensión mínima. Ello se explica por el diseño del SPP basado en cuentas de capitalización individual y la relación paralela que existe entre SNP y SPP, que reduce sustancialmente los mecanismos redistributivos.

Existen deficiencias en la gestión que afectan tanto al SNP como al SPP. En el caso del SNP a pesar de las mejoras que ha experimentado recientemente la Oficina de Normalización Previsional (ONP), que administra el sistema público de pensiones (Decreto Ley N° 19990), la demora en el otorgamiento de pensiones sigue siendo excesiva. Ello se vincula con que no existe una base de datos confiable del total de aportaciones efectuadas por los asegurados, y son ellos muchas veces quienes deben de sustentar los aportes efectuados respecto de los períodos y montos. Asimismo, existen prácticas judiciales dilatorias que afectan el acceso oportuno al derecho a la pensión, derivadas de la tercerización del patrocinio de los procesos judiciales por la ONP a estudios de abogados. Estos factores conducen a que exista una alta cantidad de procesos judiciales sobre el reconocimiento y cuantía de las pensiones, siendo la mayoría de procesos tramitados en las vías de tutela constitucional (procesos de amparo) y contenciosa administrativa¹²

Un aspecto que afecta la gestión transparente y democrática de ambos sistemas pensionarios es que ni el SNP a través de la ONP, ni el SPP mediante las AFP cuenta con representación de los trabajadores o asegurados en sus órganos de dirección. A pesar de que ambos sistemas se financian principalmente con aportes de los trabajadores, no existe representación de estos en los órganos directivos de los entes gestores de pensiones. Tampoco tienen representación en las entidades de supervisión. La reforma del año 2012 consideró la conformación de un comité de usuarios en la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, sin embargo no ha sido implementado hasta la fecha.

IV. El estándar internacional del derecho a la seguridad social y a la pensión

Se ha destacado como característica principal del Convenio 102 que para cada contingencia han sido fijados objetivos mínimos (OIT : 2008)¹³. En particu-

12 Al respecto se pueden ver los Informes Defensoriales 135 y 173, denominados respectivamente: “Por un acceso justo y oportuno al derecho a la pensión: Aportes para una mejor gestión de la ONP” y “Estudio del proceso de amparo en el Distrito Judicial de Lima: fortalecimiento la justicia constitucional”.

13 (OIT:2008) Departamento de Seguridad Social de la Oficina Internacional del Trabajo. Documento

lar porcentajes mínimos de población protegida y niveles mínimos de prestaciones y condiciones para acceder a ellas. Estos objetivos mínimos deberán lograrse mediante la aplicación de los siguientes principios:

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

Es decir, el derecho a la seguridad social debe ser concebido de manera integral y en toda su complejidad. En tanto derecho subjetivo que implica la garantía de un conjunto de prestaciones sociales (derechos y obligaciones), y como derecho objetivo que requiere de un sistema institucionalizado de responsabilidad estatal sustentado en un conjunto de valores (sistema basado en principios).

Las normas internacionales del trabajo sobre seguridad social materializan las aspiraciones expuestas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y buscan proporcionar la protección más amplia posible en términos de cobertura personal, cobertura de riesgos y nivel adecuado de prestaciones (OIT:2011)¹⁴. Esta protección tiene como objeto además reforzar la cohesión social mediante la aplicación de principios como la solidaridad social, afiliación obligatoria, distribución de riesgos, financiación colectiva, mínimo garantizado, control por autoridades públicas, administración participativa, dialogo social, y responsabilidad general del Estado.

La Recomendación 202 sobre Pisos de Protección Social, es sumamente relevante debido a que proporciona orientaciones para:

de Política de Seguridad Social N° 2. “Establecimiento de normas de seguridad social en una sociedad global. Análisis de la situación y de las prácticas actuales y de las opciones futuras para el establecimiento de normas de seguridad social globales en la Organización Internacional del Trabajo”. Ginebra – OIT. 2008. P. 11.

14 (OIT: 2011) “Estudio General relativo a instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre justicia social para una globalización equitativa”. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III. Parte 1B. Conferencia Internacional del Trabajo. 100ª Reunión. 2011, que recoge lo expuesto por la CEACR. Informe General. 2001. Párr. 155.

- establecer y mantener, según proceda, pisos de protección social como un elemento fundamental de sus sistemas nacionales de seguridad social, y;
- 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.

Estos pisos de protección social deben comprender por lo menos las siguientes garantías básicas de seguridad social:

- a) acceso a un conjunto de bienes y servicios definido a nivel nacional, que constituyen la atención de salud esencial, incluida la atención de la maternidad, que cumpla los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad;
- b) seguridad básica del ingreso para los niños, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional, que asegure el acceso a la alimentación, la educación, los cuidados y cualesquiera otros bienes y servicios necesarios;
- c) seguridad básica del ingreso, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional, para las personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes, en particular en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez, y;
- d) seguridad básica del ingreso para las personas de edad, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional.

Asimismo, la Recomendación reconoce la responsabilidad general y principal del Estado respecto de estas garantías básicas de la seguridad social, las cuales deben de aplicarse siguiendo los siguientes principios:

- a) universalidad de la protección, basada en la solidaridad social;
- b) derecho a las prestaciones prescrito por la legislación nacional;
- c) adecuación y previsibilidad de las prestaciones;
- d) no discriminación, igualdad de género y capacidad de responder a las necesidades especiales;
- e) inclusión social, en particular de las personas que trabajan en la economía informal;

- f) respeto de los derechos y la dignidad de las personas cubiertas por las garantías de seguridad social;
- g) realización progresiva, inclusive a través del establecimiento de objetivos y plazos;
- h) solidaridad en la financiación, asociada a la búsqueda de un equilibrio óptimo entre las responsabilidades y los intereses de aquellos que financian y se benefician de los regímenes de seguridad social;
- i) consideración de la diversidad de métodos y enfoques, con inclusión de los mecanismos de financiación y los sistemas de prestaciones;
- j) gestión financiera y administración sanas, responsables y transparentes;
- k) sostenibilidad financiera, fiscal y económica, teniendo debidamente en cuenta la justicia social y la equidad;
- l) coherencia con las políticas sociales, económicas y de empleo;
- m) coherencia entre las instituciones encargadas de la prestación de servicios de protección social;
- n) servicios públicos de alta calidad que mejoren el desempeño de los sistemas de seguridad social;
- o) eficacia y accesibilidad de los procedimientos de reclamación y de recurso;
- p) seguimiento regular de la aplicación y evaluación periódica;
- q) pleno respeto de la negociación colectiva y de la libertad sindical para todos los trabajadores, y;
- r) participación tripartita con las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como la celebración de consultas con otras organizaciones pertinentes y representativas de personas interesadas.

V. El bloque de constitucionalidad – convencionalidad del derecho a la seguridad social

La Constitución política del Perú establece en su artículo 55° la incorporación directa de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico peruano, mientras que su artículo 3° dispone que la enumeración de los derechos establecidos en el capítulo de derechos fundamentales “no excluye los demás que la Cons-

titución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre”. Por ello, Villavicencio Ríos (Villavicencio: 2009)¹⁵ indica que el artículo 3º de la Constitución peruana constituye una cláusula de reconocimiento de derechos implícitos que conduce a otorgarles rango constitucional.

El Estado peruano ha ratificado una serie de tratados internacionales que reconocen el derecho a la seguridad social, entre ellos el Convenio 102 OIT (norma mínima de seguridad social)¹⁶. La cláusula constitucional de derechos implícitos debería conducir a considerar estos tratados y en particular el Convenio 102, en las partes aplicables¹⁷, como parte del bloque de constitucionalidad.

Por otro lado, la 4ª Disposición Final de la Constitución establece que las normas relativas a los derechos que ella reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (cláusula interpretativa).

La cláusula constitucional de derechos implícitos y el reconocimiento del Convenio 102, en sus partes obligatorias, como parte del bloque de constitucionalidad deberían significar la aplicación directa de esta norma internacional, por lo que resultaría irrelevante la cláusula interpretativa. Sin embargo, en diversas sentencias del Tribunal Constitucional peruano sobre derechos sociales, se hace

15 Villavicencio, Alfredo (2009). Los tratados de derechos humanos y sus interpretaciones como parte del bloque de constitucionalidad. Ara Editores. Pág. 78

16 El Convenio 102 se compone de 87 artículos organizados en 15 partes. En las partes II a X se regulan las disposiciones sobre normas mínimas respecto de nueve contingencias sociales: asistencia médica, enfermedad, desempleo, vejez, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, familiares a cargo, maternidad, invalidez y sobrevivientes. Además de las disposiciones por cada rama de la seguridad social, contiene disposiciones comunes en las que se prevén opciones de ratificación y puesta en práctica del convenio (parte I), normas cuantitativas para los pagos periódicos (parte XI), normas sobre igualdad de trato a los residentes no nacionales (parte XII) y normas relativas a la suspensión de las prestaciones, al derecho de apelación, y a la financiación y administración de las prestaciones (parte XIII). La parte XIV contiene disposiciones diversas sobre determinados efectos del convenio, y la parte XV las disposiciones finales relativas a las ratificaciones y a la entrada en vigor.

17 El Perú ratificó el Convenio 102 el 23 de Agosto de 1961 y aceptó como partes obligatorias las referidas a asistencia médica, prestaciones monetarias por enfermedad, prestaciones por vejez, prestaciones por maternidad y prestaciones por invalidez. Asimismo, se acogió a las excepciones temporales sobre cobertura y duración de las prestaciones médicas, prestaciones monetarias por enfermedad, prestaciones por vejez y prestaciones por maternidad. Al respecto se debe señalar que los Estados que hayan formulado una declaración de excepciones temporales deberán incluir en la memoria anual sobre aplicación del convenio una declaración donde expongan las razones por las que continúan acogiendo a estas excepciones, o de ser el caso, la renuncia al acogimiento a partir de determinada fecha.

referencia únicamente a la cláusula interpretativa relativizando la aplicación directa de las normas internacionales sobre derechos humanos.

Al respecto en su informe del año 2009 la CEACR (CEACR: 2009)¹⁸ señaló que aún cuando una decisión del Tribunal Constitucional peruano reconoce que los tratados internacionales relativos a derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, no parece incluir los principios mínimos garantizados por el Convenio 102 en el contenido esencial del derecho a la seguridad social (Decisión 1417-2005-PATC del 8 de julio de 2005). Por ello señala que esta sentencia constitucional estaría privando al derecho a la seguridad social del contenido concreto garantizado por el Convenio 102, y destaca que, el reconocimiento de los principios básicos garantizados por los convenios de la seguridad social de la OIT, contribuiría eficazmente en la puesta en práctica en el Perú de un Estado de Derecho basado en la solidaridad, la gobernanza participativa y el reconocimiento de mínimos sociales.

La ratificación del Convenio 102 OIT conlleva obligaciones para los Estados respecto de cobertura mínima del sistema de seguridad social, calidad y cuantía de las prestaciones, así como el reconocimiento de los principios de financiamiento solidario, administración democrática y responsabilidad general del Estado. Los informes de la CEACR constituyen importantes parámetros de seguimiento.

Las observaciones más reiteradas de la CEACR han incidido en destacar que los diferentes componentes del sistema de seguridad social peruano no cumplen con los principios comunes de los convenios internacionales de seguridad social como son: i) la financiación colectiva de las prestaciones; ii) la gestión democrática y transparente de las instituciones de la seguridad social; iii) el abono de las prestaciones durante toda la contingencia; y, iv) la garantía de un nivel mínimo de prestaciones. Se ha señalado asimismo, la necesidad de que el país cuente con una estrategia nacional para la aplicación integral del derecho a la seguridad social.

En este marco, la evolución desarrollada por el sistema interamericano de derechos humanos respecto del alcance del control de convencionalidad, resulta relevante debido a que reafirma la importancia del corpus iuris internacional de la seguridad social en la definición del derecho a la pensión, en particular la inter-

18 CEACR (2009). Informe de la CEACR sobre informaciones y memorias comunicadas por los Estados respecto de la aplicación de convenios y recomendaciones. 80º Reunión de la CEACR. Ginebra del 26 de noviembre al 11 de diciembre de 2009. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra-Suiza. 2010. Pág. 820.

pretación del artículo 26 de la Convención Americana acerca de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales.

VI. Control de convencionalidad: evolución de la doctrina de la CIDH

El control de convencionalidad, aparece con estos términos, por primera vez, en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (Sentencia del 26 de septiembre de 2006). Al respecto se señala que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de las leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. Para ello, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

El control de convencionalidad es entendido como una verificación de conformidad o congruencia, entre las normas y prácticas nacionales respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos y su jurisprudencia.

Desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH ha precisado el contenido y alcance del control de convencionalidad, hasta llegar a un concepto complejo que comprende las siguientes características (Corte IDH: 2019)¹⁹:

- a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.
- b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias.
- c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.
- d) Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública.

19 Corte IDH (2019). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No 7: Control de Convencionalidad. Versión actualizada al 2019.

- e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

Es importante desarrollar más detenidamente algunos aspectos de este concepto complejo del control de convencionalidad para delimitar adecuadamente los alcances y potencialidades de la sentencia del caso Muelle Flores vs. Perú. En particular lo referido a la extensión del parámetro de convencionalidad a otros tratados de derechos humanos, la eficacia interpretativa del control de convencionalidad, y la aplicación en el ámbito interno.

Respecto del primer tema planteado (extensión del control), es importante destacar que en la sentencia del caso Gudiel Álvarez vs. Guatemala (Sentencia del 20 de noviembre de 2012) se indica que la obligación de ejercer *ex officio* el control de convencionalidad entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es parte el Estado, los jueces y órganos vinculados “deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana”.

Con relación a la eficacia interpretativa en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (Sentencia del 24 de febrero de 2012) se indica que con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales nacionales se apliquen adecuándose a los principios establecidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Respecto de la aplicación en el ámbito interno, en el caso Gelman vs. Uruguay (sentencia del 20 de marzo de 2013), se indica que la sentencia no se limita en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquélla es vinculante en su integridad, incluyendo su *ratio decidendi*. Así, puesto que la parte resolutive refiere expresa y directamente a su parte considerativa, ésta es claramente parte integral de la misma y el Estado también está obligado a darle pleno acatamiento. El cumplimiento de buena fe vincula a todos los poderes y órganos del Estado.

Este último criterio ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional peruano al señalar que la “vinculatoriedad” de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que por imperio de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del

Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso²⁰.

Estas precisiones respecto del alcance del control de convencionalidad resultan relevantes para analizar el contenido de los derechos a la seguridad social y a la pensión desarrollados en la sentencia del caso Muelle Flores vs. Perú, como se verá a continuación.

VII. Derecho a la seguridad social y a la pensión: carácter autónomo y justiciable

La Corte IDH se ha pronunciado en el caso Muelle Flores vs. Perú²¹ por primera vez respecto del carácter autónomo del derecho a la seguridad social y en particular del derecho a la pensión. A continuación, desarrollamos los criterios que establece la Corte respecto de la pensión como derecho autónomo y justiciable, así como su contenido. Criterios que deben llevar a replantear el entendimiento que han tenido del mismo los tribunales peruanos y parte de la doctrina nacional.

La argumentación de la Corte IDH respecto del carácter autónomo y justiciable del derecho a la pensión se funda en lo dispuesto por el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el *corpus iuris* internacional sobre este derecho. El referido artículo señala que los Estados parte se comprometen a adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Al respecto, la Carta de la OEA reafirma como principio que la justicia y la seguridad social son bases de una paz duradera (artículo 3.j), señala que el trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar (artículo 45.b).

20 Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 por el Tribunal Constitucional del Perú (Expediente No 2730-2006-PA/TC), fundamento 12.

21 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Muelle Flores vs. Perú, dictada el 6 de marzo de 2019. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Adicionalmente, señala la Carta que los Estados miembros convienen en dedicar sus máximos esfuerzos al desarrollo de una política eficiente de seguridad social (artículo 45, h). Asimismo, que los Estados reconocen que, para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad (artículo 46) (Fundamentos 171 y 172).

A partir de estos fundamentos, la Corte IDH considera que “existe una referencia con el suficiente grado de especificidad del derecho a la seguridad social para derivar su existencia y reconocimiento implícito en la Carta de la OEA”. Deduciéndose que el derecho a la seguridad social tiene como finalidad “asegurar a las personas una vida, salud y niveles económicos decorosos en su vejez, o ante eventos que las priven de su posibilidad de trabajar, es decir en relación con eventos futuros que podría afectar el nivel y calidad de sus vidas”. Por ello, la Corte IDH considera que el derecho a la seguridad social es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención (Fundamento 173).

VIII. Derecho a la seguridad social y *corpus iuris* internacional

203

Sobre el alcance del derecho a la seguridad social, en particular el derecho a la pensión, a partir del *corpus iuris* internacional, la Corte IDH recuerda que, la responsabilidad internacional de un Estado, por violaciones a los derechos reconocidos en la Convención derivan, de:

- Que los Estados partes se ha comprometido a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna (artículo 1.1).
- Si el ejercicio de los derechos y libertades antes mencionados no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (artículo 2).

La propia Convención hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación, específicamente a través

del artículo 29²², el cual prevé el principio *pro persona*. Destacando que como ha sido la práctica constante de la Corte “al determinar la compatibilidad de las acciones y omisiones del Estado, o de sus normas, con la propia Convención u otros tratados respecto de los cuales tiene competencia, la Corte puede interpretar las obligaciones y derechos en ellos contenidos a la luz de otros tratados y normas pertinentes” (Fundamento 174).

En ese sentido, la Corte utiliza las fuentes, principios y criterios del *corpus iuris* internacional como normativa especial aplicable en la determinación del contenido del derecho a la seguridad social. La utilización de esta normativa, como señala la Corte, se realiza de forma complementaria a la normativa convencional, lo que no implica que se asuma competencia sobre tratados respecto de los que no se tenga, ni se otorgue jerarquía convencional a normas contenidas en otros instrumentos nacionales o internacionales; sino que se realiza una interpretación de conformidad con las pautas previstas por el artículo 29 de la Convención y la práctica jurisprudencial, que permita actualizar el sentido de los derechos derivados de la Carta de la OEA reconocidos por el artículo 26 de la Convención (Fundamento 175).

La interpretación de conformidad con las pautas previstas en la Convención y su jurisprudencia, que permita actualizar el sentido de los derechos derivados de la Carta de la OEA, se condice con lo señalado por la Corte IDH respecto de que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. La propia Convención de Viena autoriza la utilización de medios interpretativos tales como los acuerdos, la práctica o reglas relevantes del derecho internacional, que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, métodos relacionados con una visión evolutiva (Fundamento 176).

22 Artículo 29. Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

IX. Derecho a la seguridad social: definición, elementos constitutivos y fundamentales

Como hemos señalado anteriormente, el derecho a la seguridad social está reconocido por los más importantes tratados internacionales de derechos humanos tanto en el ámbito interamericano como universal²³.

La sentencia de la Corte IDH resulta relevante en la determinación del contenido del derecho a la seguridad social en un doble sentido. Por un lado, a partir de la propia Carta de la OEA deriva los “elementos constitutivos” del derecho a la seguridad social. Por otro, señala que si bien este derecho está reconocido ampliamente por el *corpus iuris* internacional, tanto la OIT como el Comité DESC, han desarrollado el contenido del derecho a la seguridad social, con mayor claridad, siguiendo los principales instrumentos internacionales de la OIT²⁴. Debemos destacar en este punto que la Corte IDH refiere que los convenios OIT “le permitirán interpretar el contenido del derecho y las obligaciones del Estado peruano de conformidad con hechos del presente caso” (Fundamento 184).

La Corte IDH considera como elementos constitutivos del derecho a la seguridad social, derivados del artículo 45 de la Carta, interpretado a la luz de la Declaración Americana y de los instrumentos del sistema universal y regional, ser un derecho que busca proteger a la persona de contingencias futuras, debiendo la seguridad social ser ejercida de modo que garantice condiciones que aseguren “la vida, la salud y un nivel económico decoroso” (Fundamento 183).

La Corte utiliza una definición de la OIT que conceptúa la seguridad social como “la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes de trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia”²⁵.

23 El derecho a la seguridad social es tratado por el artículo 45.b de la Carta de la OEA, artículo XVI de la Declaración Americana, artículo 9º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), los artículos 22º y 25º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

24 Respecto de los principales instrumentos de la OIT, la Corte IDH señala a los Convenios 102 y 128, y las Recomendaciones 67, 167 y 202.

25 Definición tomada de OIT (2003) “Hechos concretos sobre la seguridad social”. Publicación de la Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Suiza.

La sentencia de la Corte IDH cita el análisis que realizó la Comisión de Expertos de la OIT respecto de la jurisprudencia de varios tribunales constitucionales en América Latina, definiendo el derecho a la seguridad social a través de siete conceptos fundamentales: (1) el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental; (2) el derecho a la seguridad social tiene la doble finalidad de proteger a las personas y mejorar su calidad de vida; (3) el derecho a la seguridad social permite reconocer la seguridad social como una garantía institucional; (4) el concepto de seguridad social hace referencia al conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de las personas humanas y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna del ser humano; (5) la seguridad social tiene como cometido propio la cobertura integral de las consecuencias negativas producidas por las contingencias sociales; (6) las instituciones nacionales de seguridad social tienen la obligación de calcular correctamente las prestaciones y de suministrarlas íntegramente, respetando el principio de las expectativas legítimas del beneficiario, y (7) sobre la base de la urgencia de cada caso y de la solidaridad social, las personas que no estén cubiertas por el régimen de seguridad social pueden tener derecho a recibir prestaciones de seguridad social²⁶.

La Corte IDH desarrolla el contenido normativo del derecho a la seguridad social, a partir de la Observación General No. 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Según esta observación, los elementos fundamentales del derecho a la seguridad social son los siguientes:

- a) **Disponibilidad:** El derecho a la seguridad social requiere, para ser ejercido, que se haya establecido y funcione un sistema que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos sociales. Este sistema debe establecerse en el marco del derecho nacional, y las autoridades públicas deben asumir la responsabilidad de su administración o supervisión eficaz. Los planes deben ser sostenibles, incluidos los planes de pensiones, a fin de asegurar que las generaciones presentes y futuras puedan ejercer este derecho.
- b) **Riesgos sociales cubiertos:** Debe abarcar las ramas siguientes: i) atención en salud; ii) enfermedad; iii) vejez; iv) desempleo; v) accidentes laborales; vi)

26 Nota 194 de la Sentencia Corte IDH, que cita la Conferencia Internacional de Trabajo, 100ª reunión (2011). Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución), Informe III (Parte 1B), p. 131, párr. 281.

prestaciones familiares; vii) maternidad; viii) discapacidad, y ix) sobrevivientes y huérfanos.

- c) Nivel suficiente: Las prestaciones, ya sea en efectivo o en especie, deben ser suficientes en importe y duración a fin de que todos puedan gozar de sus derechos a la protección y asistencia familiar, de unas condiciones de vida adecuadas y de acceso suficientes a la atención de salud, como se dispone en los artículos 10, 11 y 12 del Pacto. Además, los Estados Partes deben respetar plenamente el principio de la dignidad humana enunciado en el preámbulo del Pacto, y el principio de la no discriminación, a fin de evitar cualquier efecto adverso sobre el nivel de las prestaciones y la forma en que se conceden. Los métodos aplicados deben asegurar un nivel suficiente de las prestaciones. Los criterios de suficiencia deben revisarse periódicamente, para asegurarse de que los beneficiarios pueden costear los bienes y servicios que necesitan para ejercer los derechos reconocidos en el Pacto. Cuando una persona cotiza a un plan de seguridad social que ofrece prestaciones para suplir la falta de ingresos, debe haber una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones abonadas y la cuantía de la prestación pertinente.
- d) Accesibilidad: 1) Cobertura: Todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas y los grupos más desfavorecidos o marginados, sin discriminación basada en algunos de los motivos prohibidos en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto. Para garantizar la cobertura de todos, resultarán necesarios los planes no contributivos. 2) Condiciones: Las condiciones para acogerse a las prestaciones deben ser razonables, proporcionadas y transparentes. La supresión, reducción o suspensión de las prestaciones debe ser limitada, basarse en motivos razonables y estar prevista en la legislación nacional²⁷. 3) Asequibilidad: Si un plan de seguridad social exige el pago de cotizaciones, éstas deben definirse por adelantado. Los costos directos e indirectos relacionados con las cotizaciones deben de ser asequibles para todos y no deben comprometer el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto. 4) Participación e información: Los beneficiarios de los planes de seguridad social deben poder participar en la administración del sistema²⁸. El sistema debe establecerse en el marco de la legislación nacional

27 El Comité observó que en virtud del Convenio N° 168 (1988) de la OIT sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, tal medida sólo puede adoptarse en determinadas circunstancias.

28 Los artículos 71 y 72 del Convenio N° 102 (1952) de la OIT sobre la seguridad social (normas mínimas) contiene requisitos similares.

y garantizar el derecho de las personas y las organizaciones a recabar, recibir y distribuir información sobre todos los derechos ofrecidos por la seguridad social de manera clara y transparente. 5) Acceso físico: Las prestaciones deben concederse oportunamente, y los beneficiarios deben tener acceso físico a los servicios de seguridad social con el fin de obtener las prestaciones y la información, y hacer las cotizaciones cuando corresponda. Debe prestarse la debida atención a este respecto a las personas con discapacidades, los trabajadores migrantes y las personas que viven en zonas remotas o expuestas a desastres.

- e) Relación con otros derechos: El derecho a la seguridad social contribuye a reforzar el ejercicio de muchos de los derechos económicos, sociales y culturales.

Si bien la Corte IDH considera que la naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección de la seguridad social, incluyen aspectos que tienen exigibilidad inmediata, así como aspectos que tienen un carácter progresivo, se impone la obligación de no regresividad frente a los derechos alcanzados. En virtud de lo cual “las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno, resultan fundamentales para alcanzar su efectividad” (Fundamento 190).

X. Obligaciones del Estado respecto del derecho a la pensión

La Corte IDH con base en los criterios y elementos constitutivos del derecho a la seguridad social, señala que las obligaciones del Estado en relación con el derecho a la pensión son las siguientes (Fundamento 192):

- a) El derecho a acceder a una pensión luego de adquirida la edad legal para ello y los requisitos establecidos en la normativa nacional, para lo cual deberá existir un sistema de seguridad social que funcione y garantice las prestaciones. Este sistema deberá ser supervisado por el Estado en caso sea administrado por privados.
- b) Garantizar que las prestaciones sean suficientes en importe y duración, que permitan al jubilado gozar de condiciones de vida adecuada y de acceso suficiente a la atención de salud, sin discriminación.
- c) Se deberán brindar condiciones razonables, proporcionadas y transparentes para acceder a la pensión (accesibilidad). Asimismo, los costos de las cotizaciones deben ser asequibles y los beneficiarios deben recibir información

sobre el derecho de manera clara y transparente, especialmente si se tomara alguna medida que pueda afectar el derecho.

- d) Las prestaciones por pensión de jubilación deben ser garantizadas de manera oportuna y sin demoras, tomando en consideración la importancia de este criterio en personas mayores.
- e) Se deberá disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una violación del derecho a la seguridad social, con el fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, lo cual abarca también la concretización material del derecho a través de la ejecución efectiva de decisiones favorables dictadas a nivel interno.

XI. Conclusiones

1. Desde su constitución la OIT, hace más de 100 años, ha buscado garantizar condiciones de vida dignas para los trabajadores y sus familias, así como proveer una adecuada protección frente a contingencias sociales como la vejez, invalidez o muerte. Los instrumentos internacionales más importantes de la OIT sobre seguridad social (como el Convenio 102) disponen la cobertura integral y un financiamiento colectivo.
2. Recientes informes de la OIT destacan que la mayoría de sistemas de seguridad social, y en particular de pensiones, son de carácter público y basados en el reparto. En el caso de los países que reformaron sus sistemas de pensiones incorporando como base la capitalización individual, están revirtiendo hacia sistemas públicos.
3. Existe un grave déficit de cumplimiento del derecho a la pensión en el Perú. Cerca de la mitad de los adultos mayores no reciben pensión. Además de la baja cobertura, el monto de las pensiones otorgadas esta por debajo del estándar internacional del 40% de la remuneración de referencia. Adicionalmente, los asegurados no participan de la gestión de ninguno de los sistemas de pensiones.
4. El estándar establecido por el Convenio 102 de la OIT, dispone como principios de los sistemas de seguridad social: a) Responsabilidad general del Estado. b) Financiación colectiva de la seguridad social. c) Garantía de las prestaciones definidas por el Estado. d) Ajuste de las pensiones generadas. e) Derecho de apelación en caso de denegatoria del derecho, calidad o cantidad.

5. La cláusula constitucional de derechos implícitos y la ratificación del Convenio 102 OIT, conducen a que este sea parte del bloque de constitucionalidad. En consecuencia, debería implicar la aplicación directa de esta norma internacional en la jurisdicción interna. Sin embargo, en diversas sentencias del Tribunal Constitucional peruano respecto de derechos sociales, se hace referencia únicamente a la cláusula interpretativa y no a la cláusula de derechos implícitos. La CEACR de la OIT ha llamado la atención al respecto, en el sentido que dar efectividad al Convenio 102 OIT como parte del bloque de constitucionalidad, permitiría el efectivo cumplimiento del estándar internacional de seguridad social.
6. La evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH ha permitido diseñar un contenido complejo del control de convencionalidad. Este consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte. El control de convencionalidad es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias. Es un control que debe ser realizado *ex officio*. Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública. Las sentencias son vinculantes no solamente respecto de la parte resolutive sino también respecto de sus fundamentos.
7. La Corte IDH considera que existe una referencia con el suficiente grado de especificidad del derecho a la seguridad social para derivar su existencia y reconocimiento implícito en la Carta de la OEA. Por ello, la Corte IDH considera que el derecho a la seguridad social es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención Americana. De esta manera corresponde desarrollar el contenido del derecho a la seguridad social de manera directa y autónoma, y no de forma indirecta como sucedía a través del derecho a la propiedad.
8. La Corte IDH utiliza principios y criterios del *corpus iuris* internacional como normativa especial aplicable en la determinación del contenido del derecho a la seguridad social. La utilización de esta normativa se realiza de forma complementaria a la normativa convencional, lo que no implica que se otorgue jerarquía convencional a normas contenidas en otros instrumentos, sino que se realiza una interpretación de conformidad con el artículo 29 de la Convención y la práctica jurisprudencial, que permita actualizar el sentido

de los derechos derivados de la Carta de la OEA reconocidos por el artículo 26 de la Convención.

9. La OIT como el Comité DESC de Naciones Unidas, han desarrollado el contenido del derecho a la seguridad social siguiendo los principales instrumentos internacionales, como el Convenio 102. Estos convenios le permiten a la Corte IDH interpretar el contenido del derecho y las obligaciones del Estado peruano. Se consideran como obligaciones del Estado peruano respecto del derecho a la pensión:
 - a) El derecho a acceder a una pensión luego de adquirida la edad legal para ello y los requisitos establecidos en la normativa nacional.
 - b) Garantizar que las prestaciones sean suficientes en importe y duración, que permitan al jubilado gozar de condiciones de vida adecuada y de acceso suficiente a la atención de salud, sin discriminación.
 - c) Deben brindarse condiciones razonables, proporcionadas y transparentes para acceder al derecho a la pensión. Asimismo, los costos de las cotizaciones deben ser asequibles y los beneficiarios deben recibir información sobre el derecho de manera clara y transparente, especialmente si se tomara alguna medida que pueda afectar el derecho.
 - d) Las prestaciones pensionarias deben ser garantizadas de manera oportuna y sin demoras, tomando en consideración la importancia de este criterio en personas mayores.
 - e) Se deberán disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una violación del derecho a la seguridad social, con el fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.
10. El reconocimiento por la Corte IDH respecto de que el contenido del derecho a la pensión, establecido por el *corpus iuris* internacional, incluye la garantía de suficiencia en importe y duración, que los costos de las cotizaciones sean asequibles, y que el otorgamiento sea oportuno, entre otros, debiera conducir a un replanteamiento de lo que se ha venido entendiendo por la jurisprudencia nacional como contenido constitucionalmente protegido y contenido esencial del derecho a la pensión. Ello en vista de que como nuestro propio Tribunal Constitucional señala, el carácter vinculante de las sentencias de la Corte IDH no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que resultan vinculantes para todo poder público nacional.

Laborem

N.º 21 / 2019

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO



LAS CONSECUENCIAS DE LA TERCERIZACIÓN EN LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO: REFLEXIONES SOBRE EL MODELO ESPAÑOL DE COORDINACIÓN DE LA CONTRATACIÓN Y SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS

JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA*

RESUMEN: este trabajo de investigación examina los principales ejes de protección de la legislación española en relación al fenómeno de la descentralización productiva. Se destacan sus aspectos positivos de intervención normativa, así como las debilidades de un sistema legal, que actualmente requiere de ciertos ajustes de cara a la atención de los nuevos riesgos profesionales. Este estudio tiene como fin presentar las claves esenciales del modelo español de coordinación de actividades empresariales y poder así comparar las tendencias actuales de protección, facilitando su análisis científico técnico en el ámbito latinoamericano.

215

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alcalá (Madrid, España). Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá, sobresaliente cum laude por unanimidad (2003) y Premio Extraordinario de Doctorado (2005). Profesor Honorario de la Universidad San Martín de Porres (Lima, Perú). Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Director de la Revista “Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social” (ISSN: 2445-0472), publicada por Ediciones CINCA. Investigador principal de la Línea estable de investigación sobre Relaciones Laborales y Protección Social del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Alcalá (IELAT). Miembro de la Comunidad Cielo Laboral. Profesor invitado en las Universidades Montesquieu-Bordeaux IV, Universidad de Bolonia, Universidad Libre de Bruselas, Universidad de California-Los Ángeles y University College of Dublin. Es autor de diversas monografías y múltiples artículos de investigación publicados en revistas de impacto científico. Para más información http://www2.uah.es/eduardo_lopez_ahumada/
Abreviaturas: CE: Constitución Española de 1978. ET: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. LPRL: Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales. LGSS: Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. LISOS: RD-Ley 5/2000, de 4 de agosto, que aprueba la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

ABSTRACT: this paper examines the main axes of protection of Spanish legislation in relation to the phenomenon of productive decentralization. This study highlights the positive aspects of normative intervention, as well as the weaknesses of a legal system. The Spanish legal model currently requires certain adjustments to meet the new professional risks. The purpose of this research is to present the essential keys of the Spanish model of coordination of business activities and compare current protection trends. This perspective would facilitate its technical scientific analysis in Latin America.

PALABRAS CLAVE: tercerización, descentralización productiva, prevención de riesgos laborales, responsabilidad empresarial

KEYWORDS: outsourcing, productive decentralization, prevention of occupational hazards, corporate responsibility

SUMARIO: I. Introducción. II. La importancia de una revisión del modelo de tercerización laboral desde la perspectiva de los riesgos profesionales: especiales consideraciones respecto de América Latina. III. El modelo de referencia relativo a la contratación y subcontratación de obras y servicios: efectos en materia preventiva. IV. Las principales consecuencias de la descentralización productiva en las condiciones de seguridad y salud laboral. V. Categorías básicas del sistema de coordinación de contrata y subcontratas: titular del centro y lugar de ejecución de la contrata. 1. *La noción de centro de trabajo y titular del mismo: presupuesto necesario.* 2. *El supuesto de la actividad subcontratada y ejecutada en el centro de trabajo de la empresa principal.* 3. *El supuesto de la actividad subcontratada y desarrollada fuera del centro de trabajo de la empresa principal.* VI. Los deberes preventivos del empresario principal y de las empresas concurrentes. 1. *El deber de cooperación de las empresas concurrentes.* 2. *El deber de información e instrucción del empresario titular del centro de trabajo.* 3. *El deber de vigilancia del empresario principal.* 4. *El deber del empresario principal de informar a las contrata de los riesgos y medidas de seguridad de los equipos de trabajo.* VII. La configuración de la obligación empresarial a través de los medios básicos de coordinación. VIII. La responsabilidad solidaria del empresario principal derivada del incumplimiento del deber de vigilancia. IX. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

El presente estudio tiene como objetivo analizar los principales retos que plantea la protección de la seguridad y salud en el trabajo en los procesos de descentralización productiva. El outsourcing productivo, denominado mayoritariamente en América Latina como tercerización, responde a un patrón de organización empresarial sumamente complejo, especialmente en el modo de su desarrollo actual. Sin duda, la necesidad de acometer los actuales proyectos empresariales requiere

generalmente la presencia y el entendimiento de distintas empresas. Igualmente, dicho modelo necesita la delimitación de unos controles y unos límites legales, que obliguen a las empresas a la coordinación de sus actividades preventivas. Dicho planteamiento necesita orientar las actividades de las empresas en clave de protección de los riesgos profesionales. Se trata de un objetivo general básico, que permite evitar las altas tasas de siniestralidad laboral.

Los procesos de flexibilidad laboral, la internacionalización de la economía y la inversión extranjera han dado lugar a un importante aumento de los proyectos empresariales de colaboración mutua. Dichos procesos supone el desarrollo de formas de organización empresarial complejas, que requieren una especial atención en beneficio de la defensa de los trabajadores frente a los riesgos en el trabajo. Este estudio examina los principales ejes de protección de la legislación española en los supuestos de descentralización productiva. En este sentido, se destacan sus aspectos positivos de intervención normativa, así como las debilidades de un sistema legal, que se configuró en 1995 en virtud de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y que actualmente requiere de ciertos ajustes de cara a la atención de los nuevos riesgos profesionales. Este trabajo presenta un análisis de Derecho extranjero en un foro de estudio como es la Revista Laborem. La finalidad del presente artículo es fomentar estudios de Derecho comparado y, en su caso, poder comparar las tendencias actuales de protección de los riesgos profesionales en los supuestos de subcontratación laboral, facilitando su análisis científico técnico en el ámbito latinoamericano.

II. La importancia de una revisión del modelo de tercerización laboral desde la perspectiva de los riesgos profesionales: Especiales consideraciones respecto de América Latina

Los procesos de tercerización en América Latina son una tendencia generalizada en el conjunto de los países de la región. Sin duda, el recurso a la descentralización productiva es un efecto que se ha intensificado con la globalización económica y con la atracción de nuevos proyectos empresariales de escala internacional¹. Tradicionalmente, ha existido en los países latinoamericanos una importante resistencia a flexibilizar las reglas laborales relativas al *outsourcing* productivo. Con ello, se ha

1 Con carácter general, destacamos los siguientes estudios de referencia en los que se señala la vinculación del fomento de los procesos de tercerización laboral en América Latina a los procesos de flexibilidad laboral propiciados por las reformas laborales (ARROYO, 2006, 1063-ss; POLO - ZEITOUNE - LISBOA - VÁSQUEZ, 2017, 149-151).

intentado preservar la dualidad estricta de la relación de trabajo y se ha pretendido limitar las fórmulas de colaboración empresarial. Sin embargo, debido a la creciente competitividad existente en la región y a la necesidad de adaptar las legislaciones nacionales a la atracción de la inversión extranjera, se ha producido una auténtica corriente de dumping social, luchando entre los sistemas por configurar el grado de intervención más flexible y menos costosa, que atraiga la inversión extranjera. Ello ha dado lugar a la previsión de distintas reformas laborales en cada uno de los Estados latinoamericanos, que han venido a flexibilizar el régimen de colaboración empresarial. En cambio, no se ha prestado especial atención a la protección de seguridad y la salud en el trabajo. Dichos procesos se han desarrollado, con mayor o menor intensidad, según los países analizados. Sin embargo, la nota común ha sido tolerar en las legislaciones nacionales los procesos de tercerización. Y ello como un supuesto de colaboración interempresarial obligado por las nuevas exigencias de nuestro tiempo. En este contexto las legislaciones laborales se han preocupado esencialmente por el cumplimiento empresarial de las obligaciones salariales y de seguro social, descuidando los aspectos ligados a la salud laboral.

218 El recurso acusado a la tercerización en América Latina se ha producido teniendo en cuenta directamente los límites laborales, sin prestar especial atención a la protección de la seguridad y salud en el trabajo en los supuestos de descentralización productiva. Efectivamente, se trata de un supuesto especialmente importante de incidencia en la salud laboral, a la vista de la concurrencia de distintos empresarios ligados por unas relaciones complejas de contratación y subcontratación laboral. Dichas relaciones requieren necesariamente de la previsión de límites específicos en relación a la protección de los riesgos profesionales. Se trata, pues, de establecer una serie de mecanismos de colaboración y coordinación entre los distintos poderes de dirección y organización del trabajo, que garanticen de forma conjunta y coordinada un ambiente saludable para el trabajo. De este modo, las distintas empresas colaboradoras podrán cumplir en su conjunto y de forma independiente con su deber general de protección frente a los riesgos derivados en el trabajo. Sin duda, y a pesar de las regulaciones existentes en la materia, es preciso reforzar las consecuencias de la tercerización laboral en la esfera de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Ello significa avanzar en la cultura de la prevención y de la protección, evitando eludir las responsabilidades o limitarlas al mero cumplimiento de las obligaciones básicas de abono preceptivo del salario debido y de la regularización de los seguros sociales.

Precisamente, cobra sentido la proyección del presente estudio, que tiene como fin presentar las claves esenciales del modelo español de coordinación de

actividades empresariales. Se trata de un sistema dirigido al cumplimiento del deber de protección frente a los riesgos profesionales, dando una respuesta específica al supuesto de la descentralización productiva. Con carácter general, el modelo español parte de un precepto básico y ambicioso, que contempla la posición de los empleadores como garantes de seguridad y salud en el trabajo (art. 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, LPRL). Dicho artículo sitúa a los empleadores como sujetos potencialmente responsables de los daños producidos como consecuencia del trabajo, cuando concurren situaciones de negligencia empresarial por el incumplimiento de sus obligaciones preventivas. Se trata de un precepto general, que se ha desarrollado de forma específica para los supuestos de descentralización productiva, contemplado obligaciones de coordinación básicas para las empresas colaboradoras.

En el presente trabajo vamos analizar dicha regulación especial, prevista legal y reglamentariamente en España, que cuenta con una respuesta jurisdiccional consolidada. Igualmente, conviene destacar que dicho modelo cuenta con una dilatada trayectoria, como se podrá observar del análisis de la jurisprudencia social de referencia, que ha venido a aclarar las distintas situaciones conflictivas. Con todo, no se trata de presentar un modelo perfecto de regulación. Evidentemente, no existe sistema idílico de regulación, puesto que también la respuesta española tiene sus propias lagunas y se aprecian algunos desajustes legales, que será preciso revisar progresivamente. En este estudio tratamos de destacar los importantes logros conseguidos en este ámbito. La legislación española ha conseguido dar una respuesta especial a la protección de los riesgos laborales en los supuestos de descentralización productiva. Sin duda, uno de los retos futuros consiste en conseguir una comunicación de la protección preventiva, con la tutela laboral y de seguridad social, que siguen cohabitando como compartimentos estancos. Ciertamente, se trata de planos distintos, pero deben descansar sobre las mismas categorías jurídicas comunes. La respuesta dada desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales ha sido un importante referente, que incluso ha venido a informar los subsiguientes procesos de reforma del marco legal laboral de las contratas y subcontratas previsto en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (ET).

El objetivo no es otro que buscar una coordinación efectiva entre la ordenación general del Derecho del Trabajo y de la Seguridad, con la regulación específica en materia de prevención de riesgos laborales. Aun tratándose de obligaciones de distinta índole y con consecuencias jurídicas diferentes, no cabe duda que los conceptos y categorías jurídicas utilizadas deben guardar una estrecha relación

y pensar en un modelo general de descentralización productiva tolerado por el sistema jurídico-laboral. Es decir, el legislador debe plantearse el modelo de descentralización permitido, favoreciendo el desarrollo de los nuevos proyectos empresariales y garantizando, como máxima general del sistema, el derecho básico a la seguridad y a la salud en el trabajo.

III. El modelo de referencia relativo a la contratación y subcontratación de obras y servicios: efectos en materia preventiva

Con carácter general, conviene decir que no se sabe muy bien qué significan los términos contrata y subcontrata, aunque se puede deducir que la contrata alude a la ejecución de un contrato de obra o servicio entre varias empresas, mientras que la subcontrata alude a un eslabón inferior de la cadena de contratación en el proceso de descentralización productiva (GARCÍA MURCIA, 1983, 24). En ambos casos nos encontramos con la presencia de distintos trabajadores dependientes de distintos empresarios vinculados jurídicamente. En concreto, una empresa principal contratará o subcontratará una obra o servicio determinado correspondientes a su propia actividad, mientras que otra empresa o empresas (contratistas o subcontratistas) prestarán a sus trabajadores con el fin de ejecutar la obra o el servicio contratado. Estamos, pues, ante una auténtica relación de subordinación entre empresas, que ciertamente va a tener su repercusión en sede de prevención de riesgos laborales. En estos casos, se deberán implementar medidas concretas de coordinación, imponiéndose a la empresa principal la vigilancia del cumplimiento por parte de las empresas contratistas o subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales. El contexto actual de descentralización productiva ha potenciado los fenómenos de subcontratación de obras y servicios (MONEREO PÉREZ, 1994, 41-ss).

La descentralización productiva, como modo de organización productiva, se suele formalizar mediante instrumentos contractuales diversos, generalmente en virtud del recurso a las contrata y subcontratas de obras o servicios. Las contrata y subcontratas de obras y servicios son meros instrumentos contractuales al servicio de las prácticas de subcontratación laboral², figura regulada en el art. 42 del ET, y que se presenta en la actualidad como el fenómeno más importante de

2 Los efectos de la extensión del fenómeno de la subcontratación han sido analizados sobradamente por la doctrina (BLAT GIMENO, 2000, 47-48; GONZÁLEZ - ARRUNADA - FERNÁNDEZ, 1997, 501-52). Téngase especialmente en cuenta en materia de prevención de riesgos laborales los siguientes trabajos (MIÑARRO YANINI, 2003, 507-619; NIETO SAINZ, 2003, 212-213).

relaciones interempresariales en el sistema actual de organización productiva. Se trata de un supuesto lícito de interposición relativa en el mercado de trabajo y se configura como un modo de organización de la producción que se caracteriza por la transferencia de actividades desde una empresa principal a otras empresas — contratista o subcontratista— (GOERLICH PESET, 2000, 80-ss. NAVARRO NIETO, 2004, 45-ss).

Los procesos de subcontratación se iniciaron durante la década de los ochenta, sobre todo, en áreas geográficas industrializadas de España. Actualmente, las actividades productivas donde se recurre normalmente a estos procesos productivos complejos y que tienen mayor incidencia en materia de prevención de riesgos laborales son, por ejemplo, la construcción, la siderometalúrgica, la limpieza, los trabajos de catering, la contabilidad, la industria textil, los productos elaborados a mano, el teletrabajo, etc. También debemos subrayar que el sector servicios es, sin duda, el ámbito prototípico de aplicación de estos instrumentos de subcontratación. Sin embargo, estas prácticas se han ido extendiendo de forma más acusadas a otros sectores económicos. La nota común en estos supuestos es el encadenamiento de sucesivas contrata y subcontratas, agravándose los riesgos laborales según vamos descendiendo en los eslabones inferiores de la subcontratación³. Por tanto, en materia preventiva, sus efectos perniciosos en relación a las condiciones de seguridad y salud laboral derivan de la concurrencia de varios empresarios en un mismo centro de trabajo, lo que supone la presencia de múltiples trabajadores que concurren en la actividad productiva sin conocer sobradamente los riesgos laborales presentes. Incluso, podríamos decir que en muchos casos los riesgos de la empresa principal se transfieren a las empresas de contrata o subcontrata, realizando sus trabajadores los trabajos de contenido peligroso, mientras que la empresa contratante se limita únicamente a realizar una mera labor de seguimiento superior de los trabajos realizados. En este sentido, se ha comprobado que en la práctica los datos de siniestralidad de los trabajadores de las empresas de contrata o subcontrata son mucho más elevados en comparación con los siniestros sufridos por el personal de la empresa principal⁴.

3 En este sentido, se ha apuntado que este fenómeno se aprecia en las grandes empresas, donde “(...) la mayor parte de los accidentes, y especialmente los más graves y mortales, los sufren los trabajadores subcontratados” (NIETO SAINZ, 2003, 212-213).

4 Se ha afirmado que cuando las empresas han llevado a cabo análisis estadísticos “(...) los datos indicaban una realidad fuera de toda duda: los índices del personal de contrata eran hasta cinco o seis veces superiores a los del personal propio si no mayores. (...) (ya sean de personal propio o subcontratado), se progresaba en lo referente al personal propio, pero existía un claro estancamiento en lo relativo a empresas de contrata” (PARGA LANDA, 2003, 114).

El legislador ordinario ha establecido un entramado de deberes de coordinación cuando en un mismo centro de trabajo se desarrollan actividades de trabajadores pertenecientes a dos o más empresas, las cuales están obligadas a coordinarse y a cooperar en la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales. Asimismo, en sede preventiva se intenta reforzar el régimen de responsabilidad solidaria en la adopción de las medidas de seguridad y salud en el trabajo cuando la actividad se desarrolla en el centro de trabajo (o instalaciones) de la empresa principal. Básicamente, se les exige que establezcan y articulen los medios de coordinación necesarios de carácter preventivo, sin olvidar, la necesidad de desarrollar acciones formativas respecto de sus trabajadores⁵. Por tanto, estamos ante una nueva dimensión protectora que va más allá del recurso al control de las cesiones de trabajadores, la fiscalización de las obligaciones laborales o sociales o, en su caso, la exigencia de responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones salariales y de seguridad social. Como sabemos, esta ha sido la técnica clásica que ha utilizado la legislación laboral ante los supuestos de contratas y subcontratas referidas a la propia actividad de la empresa principal (art. 42 ET)⁶.

El precepto de referencia es el art. 24 de la LPRL. Conviene señalar que dicho precepto desarrolla en el ordenamiento jurídico los compromisos internacionales asumidos por el Estado español. En este sentido, destacamos el Convenio 155 de la OIT, de 22 de junio de 1981 (art. 17), ratificado por España el 26 de julio de 1985 (*BOE* de 12 de noviembre) sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores y Medio Ambiente en el Trabajo. En el ámbito del Derecho derivado comunitario es preciso tener en cuenta los arts. 6.4, 10 y 12 de la Directiva Marco Europea 89/391/CEE, de 12 de junio. El art. 24 LPRL se refiere a múltiples y diversos supuestos de hecho, dentro de los cuales nos centraremos en el relativo a la actividad organizada en régimen de contrata y subcontrata de obra y servicios. El art. 24 de la LPRL es un precepto complejo, que contiene distintos supuestos que tienen en común la presencia de más de un empresario, ya sea por la mera coincidencia física en un lugar de trabajo, o bien por la existencia de vínculos jurídicos como sucede en el supuesto de la subcontratación. Por tanto, el art. 24 de la LPRL in-

5 Véase, en este sentido, la tesis recogida en la STSJ (Cont-admva) de Madrid, de 10 de octubre de 2003 (JUR 2004/182845), que junto a la obligación básica de vigilancia de la empresa principal a las empresas subcontratistas, se reafirma sobremanera la obligación de coordinación mutua, en la cual la empresa principal es la llamada a velar el proceso coordinatorio.

6 Precisamente, uno de los aspectos criticados a la hora de analizar el modelo de subcontratación ha sido el no ocuparse de forma decidida del polémico concepto de “propia actividad” (CALVO GALLEGO, 2006, 125-ss; ALVÁREZ CUESTA, 2006, 129-ss).

cluye distintas normas, de las cuales solamente algunas tienen como referencia en determinados aspectos el contenido del art. 42 del ET.

El art. 24 de la LPRL es, pues, un precepto complementario del art. 42 del ET y persigue tutelar desde un punto de vista preventivo el trabajo desarrollado en régimen de subcontratación, siguiendo la sensibilidad de la legislación preventcionista que siempre se ha ocupado del fenómeno de la articulación y ordenación de las actividades empresariales complejas. El punto tercero del art. 24 LPRL prevé reglas específicas donde se contienen deberes de vigilancia del empresario principal respecto de los trabajadores de las empresas en régimen de contrata o subcontrata. Tampoco podemos olvidar la importancia del número 4 del art. 24 de la LPRL, que contempla la obligación del uso por parte de trabajadores de empresas contratistas o subcontratistas de maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal.

La Ley 54/2003, de 12 de diciembre, afrontó la reforma de la LPRL⁷, abordando la problemática de la concurrencia de actividades empresariales debido a la extensión y efectos del fenómeno de la subcontratación⁸. El objetivo, una vez más, consistía en mejorar la seguridad y salud en los procesos de descentralización productiva, reduciendo los altos índices de siniestralidad laboral. Se trataba, en definitiva, de propuestas dirigidas a favorecer la integración de la actividad preventiva en la empresa teniendo en cuenta la coordinación de actividades empresariales. Así, se pensaba que se compensaría la acusada división del proceso productivo inherente a las contrata y subcontratas, donde las actividades complementarias tienen cada vez mayor protagonismo e importancia en el proceso productivo (RAMÍREZ MARTÍNEZ, 2002, 148-ss). Como se ha destacado, estas transformaciones

7 Concretamente, esta Ley fue consensuada en virtud del acuerdo alcanzado entre el Gobierno de la nación y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas el 30 de diciembre de 2002, en el marco de la Mesa de Diálogo Social sobre la prevención de riesgos laborales. En relación a los comentarios relativos a dicha reforma pueden consultarse los siguientes trabajos de investigación (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2005, 13. FERNÁNDEZ MARCOS, 2004, 1575-1576; ALVÁREZ MONTERO - GARCÍA JIMÉNEZ, 2004, 119-ss; PÉREZ CAPITÁN, 2003, 11-38; SÁNCHEZ IGLESIAS, 2003, 21-31; LANZADERA ARENCIBIA, 2004, 123-ss).

8 En este sentido, conviene apuntar que la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, no abandona los principios básicos inspiradores de la LPRL. En concreto, se reafirman "(...) los principios de eficacia, coordinación y participación al tiempo que inspirada por los objetivos de responsabilidad y cooperación, (...)". Vid. Exposición de Motivos de la Ley 54/2003. En este sentido, se ha subrayado que se debe seguir realizando una labor de "(...) identificar, difundir y aplicar buenas prácticas, responsabilidad social de las empresas e incentivos económicos y debe darse un papel relevante, junto a la aplicación más efectiva de la regulación vigente, al *soft law* y a la cooperación de los agentes sociales en todos los niveles mediante la promoción participada (...)" (RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: 2005, 12).

están dando lugar a ciertos desfases normativos, de menor importancia en materia de prevención de riesgos laborales en comparación con la regulación del fenómeno en el art. 42 del ET (CRUZ VILLALÓN, 2002, 302).

En cumplimiento del mandato legislativo de desarrollar reglamentariamente el art. 24 LPRL (art. 24.6 LPRL), se dicta el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero⁹. Se intenta delimitar las reglas contenidas en el art. 24 de la LPRL, que según su redacción originaria, se mostraba claramente insuficiente para ordenar el fenómeno de concurrencia empresarial en los supuestos de subcontratación. La versión inicial del art. 24 de la LPRL dejaba —y aún sigue dejando— un amplio margen de la libertad a las empresas a la hora de organizar el proceso productivo. El reglamento ha desarrollado los deberes preventivos de las empresas concurrentes en los procesos de subcontratación, aunque conviene destacar que las exigencias de coordinación preventiva se proyectan sobre las empresas que tienen un mayor protagonismo en la cadena de contratación (PÉREZ CAPITÁN, 2004, 50). En los procesos de subcontratación cada empresario está obligado a cumplir sus obligaciones de prevención y protección respecto de sus trabajadores, y en este contexto especial el legislador contempla obligaciones preventivas adicionales y específicas atendiendo a las relaciones jurídicas que existan entre las empresas. En este sentido, no debemos olvidar que el deber de protección eficaz de la empresa principal para con los trabajadores de la contrata no elimina el que tiene ésta, sino que lo pasan a compartir ambas¹⁰. Las empresas concurrentes deben cooperar y coordinarse entre sí observando los denominados objetivos de coordinación. Todo ello se resume en la necesidad de aplicar coherente y responsablemente los principios preventivos recogidos en el art. 15 de la LPRL. Asimismo, deberán aplicar correctamente los métodos de trabajo. También tendrán que controlar efectivamente las interrelaciones entre las distintas actividades, muy especialmente, si se trata de actividades incompatibles entre sí que generen riesgos graves o

9 Así, se cumple con la habilitación legal contenida en el art. 24 de la LPRL, que prevé que “las obligaciones previstas en este artículo serán desarrolladas reglamentariamente”, inciso éste que fue introducido por la Ley 54/2003. No obstante, conviene indicar que ya existían con carácter previo instrumentos reglamentarios en materia de coordinación de actividades en la descentralización productiva. Así, el RD 1627/1997, de 24 de octubre, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción móviles o temporales (BOE del 25), que ya desarrolló el art. 24 LPRL para esta ámbito específico, contemplando un sistema con mecanismos e instrumentos de coordinación.

10 Vid. STSJ (Social) de Asturias, de 30 de abril de 1999 (AS 1999\1150). STSJ (Social) del País Vasco, de 21 de diciembre de 1999 (AS 1999\4493). STSJ (Social) de Castilla – La Mancha, de 25 de febrero de 2000 (AS 2000\1212).

muy graves. Y, finalmente, deberán determinar si existe una adecuación entre riesgos existentes y medidas aplicadas para su prevención.

A pesar de la importante regulación existente en la materia, se sigue subrayando la inadecuación de las normas legales que intentan contrarrestar los efectos negativos que dichas formas de organización del trabajo tienen en materia de prevención de riesgos laborales¹¹. La regulación es una pieza central a la hora de conocer la incidencia de la subcontratación en la prevención de riesgos laborales. No obstante, es preciso subrayar que el reglamento no se refiere a todos los supuestos de contratación o subcontratación, sino que únicamente regula los supuestos de contrataciones o subcontratas en los que los trabajadores de las empresas auxiliares trabajan en el centro de trabajo de la empresa principal (LLANO SÁNCHEZ, 2004, 1547). Asimismo, debemos destacar la necesidad de seguir trabajando en la lucha contra la falta de aplicación real y efectiva del marco normativo de la prevención de riesgos laborales. Es preciso implementar nuevos enfoques del tratamiento empresarial de la seguridad y salud en el trabajo. En este sentido, se debería primar, sobremanera, la integración efectiva de la prevención de riesgos en la gestión de las empresas que recurren a las nuevas técnicas de externalización productiva. Asimismo, se tendría que recurrir al reforzamiento de los instrumentos de control público del cumplimiento de la legislación preventiva, definiendo con mayor precisión las exigencias de coordinación empresarial.

Es preciso un régimen de control más intenso en materia de prevención de riesgos laborales, que evite que el alto grado de flexibilidad repercuta negativamente en la tutela de la seguridad y salud de los trabajadores inmersos en procesos de subcontratación. Dicha flexibilidad deriva sin duda alguna de la generalidad e indeterminación de los conceptos jurídicos utilizados por el legislador (BLASCO MAYOR, 2002, 808), que generan incluso dudas de aplicación práctica. Ello es sumamente peligroso, ya que el bien jurídico que se intenta tutelar no es otro que la seguridad y la salud de los trabajadores de contrataciones y subcontratas. Y todo ello, la normativa ha avanzado resolviendo determinados aspectos confusos relativos al contenido de la cooperación y a los deberes preventivos. Tampoco podemos olvidar en este punto la presencia del RD 1627/1997, de 24 de octubre, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el sector de la construcción, sector donde la subcontratación es el sistema paradigmático de organi-

11 Concretamente, se ha comentado, a mi juicio acertadamente, que existe "(...) una coincidencia en el diagnóstico y en las insuficiencias normativas para estos supuestos en nuestro país, lo que explica el dinamismo normativo que se vive en los últimos tiempos en este ámbito de la seguridad y la salud laboral, (...)" (NAVARRO NIETO, 2005, 2142. Ídem, 2005, 15-ss).

zación productiva. Dicho reglamento prevé obligaciones particulares dirigidas a promotores, coordinadores y contratistas y subcontratistas.

Desde la perspectiva del Derecho sancionador, el precepto de referencia es el art. 42.3 del RD-Ley 5/2000, de 4 de agosto, que aprueba la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS). Al igual que sucede con el art. 24.3 de la LPRL, el art. 42.3 de la LISOS atribuye al empresario principal la responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones de seguridad y salud. También en este contexto normativo la doctrina ha indicado, como sucede con el art. 24.3 de la LPRL, que el art. 42.3 de la LISOS incurre en discordancias terminológicas y da lugar a problemas interpretativos a la hora de atribuir responsabilidad en las cadenas de contratas y subcontratas¹². Otro precepto relacionado con la materia es el art. 167 de la Ley General de Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS), relativo a los supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones, lo cual abunda en la dispersión normativa existente en la materia.

IV. Las principales consecuencias de la descentralización productiva en las condiciones de seguridad y salud laboral

226

El fenómeno de la descentralización productiva se ha desarrollado vertiginosamente en los últimos tiempos y ha dado lugar a múltiples fórmulas organizativas y de producción en el seno de las empresas. Es preciso destacar la relevancia de los efectos preventivos inherentes a la coincidencia de trabajadores pertenecientes a distintas empresas, que concurren en un mismo lugar o centro de trabajo debido a un proceso de descentralización productiva. Sin lugar a dudas, la descentralización es uno de los fenómenos más relevantes que ha afectado en los últimos tiempos al Derecho del Trabajo y, en concreto, a la legislación de prevención de riesgos laborales. Estas prácticas de descentralización productiva vienen favorecidas sobre manera por la existencia de un marco jurídico flexible de referencia, que ciertamente debería adaptarse a los nuevos sistemas productivos. De entrada, debemos tener presente una idea preliminar y básica ligada al objeto de nuestro estudio,

12 En concreto los arts. 24.3 de la LPRL y 42.3 de la LISOS “(...) adolecen sobre todo de cierta falta de coherencia en el uso de la terminología, pues dirigiéndose a un mismo supuesto de hecho no optan siempre por unos mismos términos para referirse a las empresas afectadas por sus respectivas obligaciones y responsabilidades. A uno y a otro le falta claridad, por lo demás, a la hora de determinar el alcance y nivel de exigencia de sus prescripciones en la típica hipótesis de la cadena de subcontrataciones” (GARCÍA MURCIA, 2003, 134).

a saber, la descentralización de una parte de la actividad laboral de una empresa hacia otras empresas auxiliares supone, a priori, externalizar los riesgos laborales e, incluso, en muchos casos, agravar sus consecuencias en términos de seguridad y salud. Ello se produce en un contexto empresarial nuevo y sumamente cambiante al que la legislación de prevención de riesgos laborales tiene que seguir dando respuesta. Se debería, pues, buscar una mayor protección laboral teniendo en cuenta el nuevo concepto de empresa, ajeno a la originaria idea de empresa fordista. Se trata, en definitiva, de estudiar los problemas de salud laboral ligados al vigente modelo de empresa cada vez más descentralizado.

La descentralización productiva, como opción de organización empresarial, tiene su fundamento jurídico en la libertad de empresa reconocida constitucionalmente. La mencionada libertad ha permitido en los últimos años una proliferación de estructuras interempresariales complejas, así como sofisticados sistemas de redes de empresas, que tienen en muchos casos una incidencia negativa para los intereses de los trabajadores. Con carácter general, la descentralización productiva supone el encargo de determinadas operaciones o aspectos del ciclo productivo de la empresa principal a una o varias empresas auxiliares. Lógicamente, la empresa principal asume el peso específico en la producción, mientras que las empresas auxiliares colaboran en la actividad empresarial realizando trabajos o servicios concretos y especializados. Así pues, el efecto directo de la descentralización productiva es la fragmentación del ciclo productivo, cuyas consecuencias negativas en materia de seguridad y salud laboral son inevitables (VALDÉS DAL-RÉ, 2001, 5; MIÑARRO YANINI, 2003, 84). En materia de prevención de riesgos laborales, la prestación laboral desarrollada por los trabajadores de las empresas auxiliares para una empresa principal entraña una serie de riesgos específicos (DEL REY GUANTER - LUQUE PARRA, 1999, 16). Estamos, pues, ante un factor que determina inevitablemente, desde un punto de vista preventivo, la mayor vulnerabilidad de los trabajadores de contratas o subcontratas en relación con los trabajadores de la empresa principal. La respuesta del legislador ha sido realizar interconexiones entre las empresas concurrentes para conseguir un mayor efecto de protección en las condiciones de seguridad y salud laboral.

Sin duda alguna, y propiciado por el amplio margen de flexibilidad de la normativa vigente, se han elevado en los últimos años los índices de siniestralidad laboral, dando lugar a una degradación manifiesta del medio ambiente de trabajo. El objetivo, por tanto, será evitar dicha siniestralidad laboral en una empresa que cada vez más actúa como un conglomerado sumamente complejo de actividades y relaciones concurrentes, ya sea en un mismo o distinto centro de trabajo. En

virtud de estos vínculos interempresariales se ocupan a trabajadores contratados por distintos empresarios, que al igual que tienen que ser previamente coordinados para la obtención de un objetivo empresarial común, también tendrían que ser coordinados para no incidir perjudicialmente en sus condiciones de seguridad y salud laboral.

La doctrina iuslaboralista ha comentado suficientemente los efectos perversos que tienen los fenómenos de descentralización productiva en la siniestralidad laboral (NAVARRO NIETO, 2005, 2142). La proliferación de cadenas de subcontratación permite a pequeñas empresas, en algunas ocasiones microempresas¹³, poder intervenir en los procesos productivos sin garantizar unas condiciones mínimas de seguridad y salud laboral. Ello se debe a que cuentan con menos medios humanos, técnicos y económicos dirigidos a la organización de la prevención de riesgos laborales. Por un lado, la empresa principal intenta reducir el gasto acudiendo a la subcontratación de la actividad productiva y, por otro lado, las contrata y subcontratas tienden a ajustar al máximo sus presupuestos de gasto en materia de prevención (DEL REY GUANTER, - LUQUE PARRA, 1999, 15). La externalización productiva deriva, pues, en una reducción acusada de costes y de riesgos inherentes a la compleja red de relaciones existente entre las empresas. Como se ha apuntado, esta acusada reducción del gasto en prevención de riesgos laborales da lugar a la existencia de “diversos niveles de seguridad” en los procesos de descentralización productiva. Y ello a pesar de que los riesgos presentes sean desde un punto de vista objetivo idénticos para todos los trabajadores, como sucede en algunos sectores paradigmáticos como el de la construcción. Así pues, a medida que aumenta el entramado de subcontrataciones aumenta con carácter general la siniestralidad laboral a raíz del deterioro de las condiciones de trabajo.

Sin duda, inciden en la siniestralidad laboral las condiciones de seguridad ligadas a la acusada temporalidad propia de la contrata o subcontrata, así como a los contratos de trabajo aplicados por las mismas (BALLESTER PASTOR, 2000, 383-ss). Lógicamente, estamos en presencia de factores subjetivos que hacen a estos trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales. Dichos factores son “la juventud, la falta de experiencia y de formación”, a los que se unen otros ajenos a sus condiciones personales, como el hecho de que en la práctica asuman trabajos con un alto índice de peligrosidad, o que se vean sometidos a una mayor

13 Se ha apuntado que la “la externalización de actividades y subcontratación no sólo producen una disolución de la figura del empresario, que dificulta un entorno de trabajo sano y seguro, (...), también han dado un papel creciente a las pequeñas y medianas empresas en las que son más frecuentes los accidentes en el trabajo (...)”. (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2005, 5).

presión productiva. Es preciso, pues, intensificar los medios de cumplimiento de las responsabilidades preventivas de los empresarios y aumentar los niveles de protección y de formación de estos trabajadores.

Ciertamente, aún queda mucho camino por andar en materia de integración de una acción preventiva coordinada en las empresas que recurren a la descentralización productiva. En este punto, se debería luchar por conseguir una equiparación progresiva del estatuto de seguridad y salud de los trabajadores de contratas y subcontratas respecto de los empleados de la empresa principal. Ciertamente es que los trabajadores de las empresas auxiliares se podrían considerar ajenos desde el esquema clásico de empresa —también se les ha denominado trabajadores periféricos—, sin embargo, es preciso perfilar una nueva idea de empresa mediante la actuación conjunta de los empleadores implicados en los procesos de descentralización productiva. En este punto, es necesario avanzar en la aplicación efectiva de las normas preventivas en los supuestos de descentralización, huyendo de ciertas prácticas consistentes, como en algunos casos sucede, en el cumplimiento meramente formal de las obligaciones preventivas que recaen sobre los empresarios concurrentes¹⁴. Asimismo, se debe prestar especial atención a la subcontratación de las actividades o fases productivas especialmente peligrosas.

Finalmente, conviene indicar que no se abordará en este trabajo el tema de las denominadas redes de empresas, fenómeno creciente en los últimos tiempos y de especial importancia para el Derecho del Trabajo. En los supuestos de redes de empresas existe una cooperación real y efectiva entre las distintas empresas, pero entre ellas no existen vínculos jurídicos como sucede en la descentralización productiva. Ejemplos de estas redes de empresas los tenemos en las empresas que concurren en las zonas comerciales de un aeropuerto o de un centro comercial, o en las empresas cuyo tracto productivo se desarrolla en un polígono industrial, etc.¹⁵ En estos casos, la Ley impone a las empresas concurrentes la obligación de cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Situación ajena al supuesto contemplado en el art. 24.3 de la LPRL, que regula la relación existente entre empresarios sobre la base de contratas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal y que se desarrollan

14 En este sentido, se ha indicado que “(...) con cierta frecuencia los empresarios se han limitado a un cumplimiento meramente formal de los deberes y obligaciones impuestas por la normativa vigente”. Vid. LLANO SÁNCHEZ, M.: “El reglamento de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales”, en *Actualidad Laboral*, núm. 13, 2004, p. 1545.

15 Una distinción más exhaustiva de los distintos supuestos de redes de empresa se pueden encontrar en el siguiente estudio (OJEDA AVILÉS, 2005, 799).

en el centro de trabajo de ésta, que deberá vigilar el cumplimiento de las normas preventivas por parte de las empresas contratistas y subcontratistas.

V. Categorías básicas del sistema de coordinación de contratas y subcontratas: Titular del centro y lugar de ejecución de la contrata

1. La noción de centro de trabajo y titular del mismo: presupuesto necesario

El art. 24 de la LPRL piensa en la existencia de un centro de trabajo en el que concurren trabajadores de diferentes empresas unidas por vínculos jurídicos como son la contrata o subcontratas de obras y servicios. Este es el presupuesto básico para poder exigir los deberes preventivos que analizaremos más adelante. La idea de “centro de trabajo” no coincide con el concepto formal y jurídico técnico contemplado en el art. 1.5 del ET, sino que está relacionado con la noción de “lugar de trabajo”, esto es, cualquier espacio físico donde se presta una actividad laboral (GOERLICH PESET, 1997, 128) (vid. art. 6.4 Directiva Marco). Esta interpretación tiene un alcance mucho menos restrictivo, ya que el concepto más amplio de lugar de trabajo permite incluir distintos locales y espacios —por ejemplo, labores a cielo abierto— que una noción restrictiva de centro de trabajo como la prevista en el art. 1.5 del ET excluiría. En este sentido, podemos afirmar que lo importante es conocer el espacio físico donde se desarrolla la actividad laboral y donde el trabajador está expuesto a los riesgos laborales. Según el 2 a) del RD 171/2004, centro de trabajo, o mejor dicho, centro compartido de trabajo, es “cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo”¹⁶. Este concepto ha venido a aclarar los debates doctrinales y jurisprudenciales en torno a la idea de centro de trabajo y permite delimitar con mayor precisión el ámbito de aplicación del propio art. 24 de la LPRL.

El lugar de trabajo consistirá en el espacio común donde actúan un conjunto de empresas vinculadas en virtud de relaciones jurídicas, en cuyo caso, serán exigibles los deberes de coordinación. Ello no sucede, por ejemplo, cuando las empresas concurren sin estar vinculadas jurídicamente entre sí, puesto que solamente se les podrá exigir las obligaciones de coordinación cuando compartan espacios o

16 Concepto análogo de lugar de trabajo al contenido en el RD 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo. Vid. STS (Social) de 11 de mayo de 2005 (RJ 2005\6026).

áreas delimitadas, donde coincidan físicamente trabajadores de distintas empresas y donde se pueda ejercer un control razonable. Por el contrario, en el supuesto de las contratas y subcontratas la implementación de los deberes de coordinación es necesaria en todo caso, ya que estamos ante un lugar ajeno que implica el desconocimiento del medio de trabajo por parte de los trabajadores de contratas y subcontratas. Como ya hemos dicho, esta concurrencia empresarial supone la multiplicación de los riesgos laborales, que implica la necesidad de aumentar los deberes de información y coordinación¹⁷. En este trabajo vamos a manejar el concepto de centro de trabajo de la empresa principal, es decir, el lugar de trabajo de la empresa principal que organiza de forma específica, lo cual presupone una presencia efectiva de dicho empresario en el centro de trabajo¹⁸. Asimismo, centro de trabajo será el lugar en el que las empresas auxiliares realizan las actividades contratadas¹⁹.

Por lo que se refiere al sujeto obligado por los deberes preventivos, concretamente, el art. 24.2 de la LPRL prevé que “el empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores”. Se tiene en cuenta la existencia de una situación de concurrencia de varias empresas en un centro de trabajo. En este caso, no estamos ante una mera coincidencia física de las empresas, sino que la citada concurrencia empresarial tiene su razón de ser en la existencia de una relación vertical en la que uno de los empresarios tiene un papel protagonista, debido a su condición de “titular del centro de trabajo”²⁰. El art. 2 b) del RD 171/2004 prevé que será titular del centro de trabajo “la persona que tiene capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo”. El precepto se está refiriendo claramente al sujeto que tiene el poder jurídico basado en un título de propiedad sobre el centro de trabajo, que le permite en virtud de negocios jurídicos hacer coincidir en su centro de trabajo a trabajadores

17 Podemos afirmar con carácter general que “(...) cuantas más empresas intervengan en el medio de trabajo mayores son los riesgos a los que se enfrentan los trabajadores.” (MIÑARRO YANINI, 2003, 85).

18 Vid. STSJ (Social) de Asturias de 9 de enero de 1998 (AS 1998\134).

19 Vid. STS (Social) de 22 de noviembre del 2003 (RJ 2003\510). STS (Social) de 22 de noviembre de 2002 (RJ 2002\510).

20 Por tanto, no se trata de una concurrencia física de dos o más empresas entre las que no existe ningún tipo de vinculación jurídica. Este es un supuesto mucho más simple ya que las empresas únicamente se limitan a compartir un mismo espacio, donde sus actividades productivas se solapan.

de distintas empresas, y que por ostentar dichas facultades de control y organización podrá incidir en las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores de contratas y subcontratas²¹. Por tanto, no bastará únicamente la condición de propietario de los establecimientos y locales, sino que además dicho sujeto deberá ejercer un control directo sobre el encargo de la actividad productiva. Ello nos obliga a deducir que el titular del centro de trabajo lo será aquél empresario que se encuentra en una situación jerárquicamente superior en virtud de su título de propiedad respecto del resto de empresas concurrentes²².

Asimismo, es sumamente importante el concepto de “empresario principal”. Se entiende por empresa principal “el empresario que contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquél y que se desarrolle en su propio centro de trabajo” (art. 2.c.RD 171/2004). Este concepto supone, por un lado, la existencia de una obra o servicio correspondiente a la propia actividad del empresario principal²³, esto es, obras o servicios que forman parte de las actividades principales de la empresa²⁴. Por otro lado,

-
- 21 Cabe recordar que para ser sujeto responsable no bastará con ser únicamente propietarios del inmueble, sino que además tiene que reunir los requisitos legales para ser considerado empresario a efectos laborales. Vid. STS (Cont-admva) de 14 de enero de 1998 (RJ 1998\595).
- 22 Sin embargo, siendo la titularidad del centro de trabajo un elemento esencial, la norma incurre nuevamente en vaguedades al no indicar a quién corresponde dicha condición. Aspecto éste de vital importancia en tanto en cuanto este precepto atribuye obligaciones especiales al titular del centro de trabajo, siendo sujetos pasivos de las mismas las restantes empresas. La razón de ser de esta previsión tiene su fundamento en el hecho de que el titular del centro de trabajo se encuentra en una situación de ventaja respecto de las empresas colaboradoras, debido a su mayor conocimiento y posibilidades de control de los riesgos del lugar de trabajo (MIÑARRO YANINI, 2002, 95; LLANO SÁNCHEZ, 2004, 1547).
- 23 Conviene indicar que sobre este concepto no existe unanimidad en la doctrina. Se ha entendido que propia actividad significa restrictivamente idéntica actividad a la que desarrolla habitualmente la empresa, excluidas las tareas complementarias. Por otro lado, se entiende en sentido amplio que estamos ante la propia actividad si existe una conexión directa o indirecta de la actividad contratada con la que es propia de la empresa principal, esto es, cuando el empresario pudiera conseguir el mismo resultado sin acudir a terceras empresas. Sobre estas tesis puede consultarse los siguientes autores (GOERLICH PESET, 2000, 77-107; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, 2000, 161-172; OLMO GASCÓN, 2002, 42-61).
- 24 Vid. STS (Cont-admva) de 18 de enero de 1995 (RJ 1995\514). STS (Social) de 18 de enero de 1995 (RJ 1995\514). STS (Social) de 24 de noviembre de 1998 (RJ 1998\10034). STSJ (Social) de Aragón de 18 de abril de 2002 (AS 2002\1759). STSJ (Cont-admva) de Madrid de 4 de enero de 2002 (JUR 2002\60378) STSJ (Cont-admva) de Navarra de 20 de septiembre de 2002 (JUR 2002\281901). STSJ (Cont-admva) del País Vasco de 9 de diciembre de 2002 (JUR 2003\107017). STJ (Cont-admva) de Cataluña, de 9 de diciembre de 2002 (JUR 2003\165490). STSJ (Social) del País Vasco de 18 de octubre de 2004 (AS 2004\2886). STSJ (Social) de Cataluña, de 18 de octubre de 2004 (AS 2004\3592). STSJ (Social) de Madrid de 30 de noviembre de 2004 (AS 2004\3440). STSJ (Social) del País Vasco, de 30 de noviembre de 2004 (AS 2004\3840).

deberá existir un vínculo interempresarial en virtud de la contratación o subcontratación de obras o servicios, de suerte que se mantendrá la posición de empresario principal mientras esté vigente el negocio mercantil de referencia y durante todo ese período será garante de los deberes preventivos exigidos legalmente. En este supuesto nuestra normativa de prevención de riesgos laborales no concreta sobradamente las figuras del titular del centro de trabajo y empresario principal. Cuando el art. 24 LPRL emplea los términos de “empresario titular del centro de trabajo” y “empresario principal” parece que los utiliza como sinónimos, y de hecho lo normal es que la figura del titular del centro del trabajo y del empresario principal coincidan en la misma persona. No obstante, este principio puede decaer en algunos casos en función de la complejidad del supuesto de subcontratación²⁵, en cuyo caso, el empresario titular estaría obligado a informar y dictar instrucciones relativas al lugar de trabajo, mientras que el empresario principal tendría que vigilar el cumplimiento de las normas preventivas por las contrata y subcontratas correspondientes a su propia actividad. Desde un punto de vista preventivo, será el empresario principal el que realmente ejerza la función de control de la actividad, y, por tanto, el que mejor conozca los riesgos presentes en el lugar de trabajo, así como las medidas preventivas idóneas para atajarlos²⁶.

2. El supuesto de la actividad subcontratada y ejecutada en el centro de trabajo de la empresa principal

Debemos preguntarnos si la actividad contratada tiene que desarrollarse necesariamente en los centros de trabajo del empresario principal. En nuestra legislación las contrata y subcontratas de obras y servicios pueden desarrollarse en el centro de trabajo de la empresa principal o fuera del mismo. Vamos a analizar el primer supuesto, que sin lugar a dudas es el supuesto paradigmático. Concretamente, se contempla en el art. 24.3 de la LPRL, que piensa en la coincidencia de

25 La doctrina, en un primer momento, entendió que empresario titular y empresario principal eran el mismo sujeto (FERNÁNDEZ MARCOS, 2001, 130). Asimismo, también se sostuvo que la coincidencia subjetiva podía decaer en función de la complejidad del fenómeno de subcontratación (GOERLICH PESET, 1997, 131; SALCEDO BELTRAN, 2000, 107).

26 Téngase en cuenta en esta materia las siguientes obras (ALFONSO MELLADO, 1998, 113; SALCEDO BELTRÁN, 2000, 107-108; GAROLA PIQUERAS, 1998, 63-64). Asimismo, puede consultarse sobre la importancia del centro de trabajo a efectos de determinar las obligaciones preventivas y las responsabilidades por su incumplimiento la STS (Cont-admva) de 23 de julio de 2001 (RJ 6783). STS (Cont-admva) de 7 de octubre de 1997 (RJ 7209). STSJ de Aragón (Social) de 5 de abril de 2001 (AS 1202). STSJ (Social) de Aragón de 18 de abril de 2002 (AS 2002\1759). STSJ (Social) de Asturias de 19 de diciembre de 2004 (AS 2004\431).

varias empresas ligadas entre sí por la contratación o subcontratación de obras o servicios. En este sentido, se dispone que “las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales” (art. 24.3 LPRL).

En primer lugar, vamos a analizar qué se entiende por actividad productiva subcontratada. El art. 24.3 de la LPRL y su desarrollo reglamentario se aplican únicamente a aquellas empresas que estén relacionadas entre sí en virtud de algún vínculo jurídico, esto es, que una empresa contrate o subcontrate con otros empresarios la realización de determinadas obras o servicios. En este punto habría que añadir que no se está pensando en cualquier contrata o subcontrata, sino que junto a la existencia de un vínculo jurídico entre empresas, será necesario que se trate de una obra o servicio de la propia actividad de la empresa principal (art. 42.1 ET). Este es un elemento que introduce nuevamente inseguridad a la hora de exigir los deberes preventivos en los supuestos de concurrencia de empresarios²⁷. Con todo, y acudiendo al concepto empleado por el TS en unificación de doctrina, se incluirían dentro de la idea de propia actividad a aquellos trabajos relacionados entre sí con la actividad productiva de la empresa principal, los cuales son necesarios para la consecución del producto final, que desde un punto de vista preventivo, permiten al empresario principal determinar los riesgos y las medidas preventivas que se pueden implementar²⁸. Por tanto, el art. 24.3 de la LPRL no se aplica a cualquier contrata o subcontrata de obras o servicios, esto es, se excluyen todas aquellas que no pertenezcan a la propia actividad de la empresa contratante. A este supuesto le serán de aplicación a efectos preventivos los puntos 1º y 2º del art. 24 de la LPRL. Finalmente, las empresas de contrata o subcontrata deben desarrollar su actividad en el centro de trabajo de la empresa principal (art. 24.3 LPRL). Ya sabemos, cuál es noción de centro de trabajo a efectos preventivos. El

27 Ciertamente, este es el verdadero problema, no existe una idea clara y precisa de propia actividad, lo cual da lugar a problemas aplicativos (MARTÍN VALVERDE, 1982, 238). Se ha apuntado muy acertadamente que “(...) la utilización de conceptos carentes de precisión técnico-jurídica dificulta la delimitación del supuesto previsto en este artículo. Es de destacar que, en este punto, más expresivo se muestra el RD 1627/1997, de aplicación específica en el sector de la construcción que aunque tampoco define la contrata ni la subcontrata, al menos ofrece una noción de contratista y subcontratista que contribuye a perfilar aquellas figuras” (MIÑARRO YANINI, 2003, 98).

28 Vid. STS (Social) de 18 de enero de 1995 (RJ 1995\514). STS (Social) de 24 de noviembre de 1998 (RJ 1998\10034). STS (Social) de 5 de mayo de 1999 (RJ 1999\4705). STS (Social) de 22 de noviembre de 2002 (RJ 2003\510).

desarrollo de las labores en el centro de trabajo de la empresa principal es el requisito necesario para poder imponer a la misma los deberes específicos que sobre ella recaen en materia de seguridad y salud laboral.

3. El supuesto de la actividad subcontratada y desarrollada fuera del centro de trabajo de la empresa principal

El siguiente supuesto afecta a las contratistas y subcontratistas que desarrollen sus actividades fuera del centro de trabajo de la empresa principal. Este supuesto de reciente regulación se encuentra en el art. 24.4 de la LPRL, que prevé que “las obligaciones consignadas en el último párrafo del apartado 1 del artículo 41 de esta Ley serán también de aplicación, respecto de las operaciones contratadas, en los supuestos en que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista no presten servicios en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que tales trabajadores deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal”. Como sucedía en el art. 24.3 de la LPRL, se contempla un supuesto en el que las empresas están vinculadas por relaciones jurídicas que dan lugar a una cadena de subcontratación. Sin embargo, el hecho de que no concurren las empresas en el centro de trabajo de la empresa principal da lugar a que no se apliquen las obligaciones del art. 24.3. Como ya hemos indicado, el elemento locativo es el factor determinante para la implementación de las obligaciones preventivas a las empresas. Por tanto, no se exigirán a la empresa principal los deberes preventivos si la actividad subcontratada se desarrolla fuera de su centro de trabajo. Lógicamente, en este supuesto el empresario principal no puede supervisar y controlar el desarrollo de las actividades de las contratistas y subcontratistas.

El factor esencial para la aplicación del art. 24.4 de la LPRL reside en el hecho de que las empresas de contrata y subcontrata deberán emplear en sus actividades productivas “maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal para realizar el trabajo contratado”, es decir, el empresario principal actúa como agente suministrador de los equipos e instrumentos de trabajo. En este sentido, podemos interpretar el supuesto en dos sentidos, uno restrictivo, entendiendo que si la empresa de contrata o subcontrata receptora de la maquinaria a su vez subcontrata la actividad y entrega a las empresas subordinadas el instrumental de trabajo decae la obligación de la empresa principal. La interpretación amplia parte de la idea de que las exigencias de infor-

mación tienen que proporcionarse a todos los empresarios inmersos en el proceso de subcontratación, sin tener en cuenta la posición de cada una de las empresas en el escalafón²⁹.

VI. Los deberes preventivos del empresario principal y de las empresas concurrentes

Con carácter general, debemos distinguir las obligaciones del empresario titular del centro de trabajo de las obligaciones del resto de empresarios concurrentes, que están reguladas en el art. 24 de la LPRL y en su desarrollo reglamentario (arts. 6 a 9 del RD 171/2004). El empresario principal, debido a su posición de dominio, tiene obligaciones adicionales respecto de las que recaen sobre los empresarios concurrentes. La legislación atribuye a los empresarios afectados ciertas obligaciones de prevención, convirtiéndose, pues, en deudores del deber de seguridad y salud en el trabajo no sólo respecto sus propios trabajadores, sino también en relación con los trabajadores de las empresas de contratas y subcontratas, ya que las distintas actividades productivas de las empresas coinciden en el mismo lugar y al mismo tiempo. Las obligaciones se van acumulando en función del grado de relación existente entre las empresas. Concretamente, sobre el titular del centro de trabajo recae no sólo la obligación de coordinación, sino que además deberá informar a las otras empresas en materia preventiva, y, por último, si el empresario titular del centro ha contratado o subcontratado su propia actividad, además de coordinar e informar, tendrá que vigilar el cumplimiento de la normativa prevención de riesgos laborales.

1. El deber de cooperación de las empresas concurrentes

Las empresas que trabajan en el mismo centro de trabajo tienen que cooperar en lo relativo a la prevención de riesgos laborales. El art. 24.1 de la LPRL contempla el deber de cooperación mutua cuando exista coincidencia en un mismo centro de trabajo de trabajadores de varias empresas. Se ha discutido si este deber es exigible en los supuestos de subcontratación, duda interpretativa resuelta por

29 Por eso, se entiende que es “más coherente con el objetivo de la norma (...) interpretar que [el] sujeto obligado es la empresa comitente, con independencia de cuál sea la posición que ésta ocupe en la cadena de subcontratación, pues sería ilógico que las obligaciones quedaran restringidas a las situaciones en que el comitente inicial fuera el que suministrara los elementos de trabajo” (MIÑARRO YANINI, 2003, 109).

el art. 4.1 del RD 171/2004, que prevé que los deberes de cooperación de los empresarios tendrán que observarse “exista o no relaciones jurídicas entre ellos”. Como hemos dicho, el deber de cooperación es el primer estadio de la coordinación preventiva en los supuestos de subcontratación. El deber se extiende a todas las empresas concurrentes en el centro de trabajo, existan o no relaciones jurídicas entre ellos. Así pues, únicamente por la mera concurrencia de actividades nace el deber de cooperación. En nuestro caso se aplicará a las actividades desarrolladas por contratistas o subcontratistas —sean habituales o eventuales— en un mismo centro de trabajo. Esta obligación de cooperación supone la realización de una serie de actuaciones: a) intercambio y comunicación de información; b) utilización de la información suministrada previamente; c) establecimiento de los medios de coordinación. Este último medio introduce un claro elemento de flexibilidad, ya que como no se indican cuáles sean³⁰, los empresarios tienen un amplio margen de libertad para determinar y aplicar los medios de coordinación adecuados en función de la peligrosidad de las actividades desarrolladas, número de trabajadores y la duración de los trabajos.

La información entre las empresas concurrentes es el elemento esencial de la cooperación interempresarial. Concretamente, se regula un deber de información mutua de los empresarios concurrentes. Los empresarios deberán informarse recíprocamente sobre los riesgos específicos de las actividades que desarrollen en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las otras empresas concurrentes en el centro, en particular, sobre aquellos que puedan verse agravados o modificados por circunstancias derivadas de la concurrencia de actividades³¹. Las informaciones suministradas serán utilizadas por cada uno de los empresarios concurrentes, que deberán tenerla en cuenta en materia de evaluación de riesgos y en la planificación de su actividad preventiva. Las empresas tendrán que considerar los riesgos que, siendo propios de cada empresa, surjan o se agraven precisamente por las circunstancias de concurrencia en que las actividades se desarrollan. Asimismo, deberán trasladar a sus respectivos trabajadores la información

30 Por el contrario, el RD 1627/1997, de 24 de octubre, sobre seguridad y salud en las obras públicas de construcción sí contempla de forma expresa los medios concretos para implementar la coordinación de actividades. Concretamente, prevé la existencia de la figura de los coordinadores de seguridad y salud, designados por el promotor, que actúan durante la etapa de proyecto, así como durante la fase de ejecución de la obra.

31 La doctrina entiende que si el “titular no tiene trabajadores en su centro, no tiene que informar al resto de los empresarios, pero tampoco los demás tienen que informarle a él sobre los riesgos de las actividades que desarrollen en el centro. En definitiva, hay que entender que la obligación de información recíproca (...) sólo es exigible a los empresarios que desarrollen su actividad con trabajadores presentes en el centro de trabajo” (LLANO SÁNCHEZ, 2004, 1552).

pertinente relativa a los riesgos derivados de la concurrencia de actividades, según dispone el art. 18 de la LPRL (art. 4.5 RD 171/2004). Ello significa que tanto la empresa principal, como las empresas contratistas y subcontratistas deberán proporcionar información a sus trabajadores sobre las medidas de coordinación y sobre los riesgos derivados de la concurrencia de actividades.

2. El deber de información e instrucción del empresario titular del centro de trabajo

El empresario titular del centro de trabajo deberá informar a los empresarios concurrentes sobre los riesgos existentes en el centro de trabajo, que repercutan en la actividad laboral de las empresas de contrata y subcontrata. Asimismo, deberá informar sobre las medidas de prevención y las medidas de emergencias que tengan que aplicarse (art. 24.2 LPRL; arts. 7.1 y 8.1 RD 171/2004)³². A su vez, el empresario titular del centro de trabajo deberá recabar la información de los empresarios concurrentes respecto de los riesgos por ellos generados, y cuando cuente con dicha información deberá emitir instrucciones adecuadas y suficientes³³ para la prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo, así como las medidas que deban implementarse en los supuestos de emergencia. En todo caso, conviene indicar que el empresario obligado tiene libertad para elegir la forma de aplicación, aunque cuando se trate de riesgos de carácter grave o muy grave tendrá que acudir necesariamente a la forma escrita. En cualquier caso, estas obligaciones deberán cumplirse previamente al inicio de actividad, así como cuando se produzcan cambios que incidan en los riesgos presentes en el centro de trabajo.

El titular del centro de trabajo debe proporcionar información a los empresarios que desarrollan actividades productivas en su centro de trabajo sobre los riesgos existentes, las medidas de protección y prevención adoptadas y las medidas de emergencia (art. 24.2 LPRL y 7.1 RD 171/2004). Así pues, deberá informar sobre los riesgos propios del centro de trabajo, esto es, de los riesgos que pueden incidir en las actividades desarrolladas por los empresarios concurrentes. Respecto de las medidas preventivas y de emergencia, serán las adoptadas por el empresario titular teniendo en cuenta las condiciones del centro de trabajo, sus insta-

32 Téngase en cuenta en materia de obligación de información la STSJ (Social) de Andalucía, de 15 de febrero de 2003 (AS 2003\534).

33 Por ejemplo, se ha señalado que el “reglamento determinan con cierta precisión el contenido de las obligaciones, no obstante, utilizan algunas expresiones imprecisas (...) cuando exigen que la información e instrucción sea suficiente y adecuada” (LLANO SÁNCHEZ, 2004, 1557).

laciones y maquinaria de trabajo. Estamos, pues, ante otro supuesto que enlaza directamente con el art. 18 de la LPRL relativo al deber general de información. En estos casos, el protagonismo corresponde al empresario titular del centro de trabajo, puesto que es el que mejor conoce las especialidades del lugar de trabajo. Dicha información no debe limitarse a la mera entrega formal a las contratadas y subcontratadas de los documentos de evaluación de riesgos y el plan de emergencia del centro de trabajo. El empresario titular del centro de trabajo deberá informar de forma clara y suficiente de los riesgos laborales y de las medidas preventivas³⁴. Dicha información deberá emitirse antes del inicio de la actividad laboral de los trabajadores de las empresas concurrentes o cuando se hayan producido modificaciones con efectos en materia de seguridad y salud laboral.

3. El deber de vigilancia del empresario principal

Esta obligación de vigilancia del empresario principal es uno de los deberes de mayor complejidad y que implican mayores problemas de aplicación³⁵. El empresario principal debe vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de las empresas auxiliares que contrate para desarrollar trabajos anejos a su propia actividad y en sus centros de trabajo³⁶. El art. 24.3 de la LPRL contempla una obligación “dirigida a controlar el cumplimiento de las norma preventivas por contratistas y subcontratistas, más que vigilar directamente a los trabajadores de estas empresas”. El art. 10.1 del RD 171/2004 sí que establece con carácter general una obligación del empresario principal de vigilar el cumplimiento por parte de contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales. Ello supone que el empresario principal tendrá que comprobar inicialmente si los contratistas o subcontratistas pueden cumplir adecuadamente con la normativa preventiva y, a su vez, deberá comprobar pos-

34 En los primeros momentos de aplicación del art. 24 de la LPRL “los contratistas, muchos de ellos sin técnicos de prevención en plantilla, debían digerir documentos de hasta 300 páginas cada uno, para conocer los riesgos. (...) El método anterior suponía que casi con total seguridad, el cien por cien del personal de contrata no había leído la documentación enviada, (...)”. (PARGA LANDA, 2003, 116).

35 En relación con el deber de vigilancia de la empresa principal puede consultarse la STSJ (Social) de Madrid de 22 de julio de 1994 (AS 1994\3185). STSJ (Social) de Castilla La Mancha de 18 de mayo de 1995 (AS 1995\2129). STSJ (Social) de 23 de junio de 2003 (JUR 2003\178696).

36 En relación con el deber de vigilancia, conviene indicar que la vigilancia de la empresa principal no es incompatible con el deber de coordinación. A la empresa principal le corresponde vigilar y coordinar la ejecución de la actividad laboral. Vid. STSJ (Cont-admva) de la Comunidad Valenciana, de 10 de octubre de 2003 (JUR 2003\405).

teriormente de forma periódica si dichas empresas están cumpliendo sus deberes durante la ejecución del trabajo contratado (FERNÁNDEZ MARCOS, 1996, 122; SÁNCHEZ CUBEL, 1996, PARGA LANDA, 2003, 119-ss).

Antes del comienzo de la actividad productiva de las contratadas y subcontratadas, el empresario principal deberá exigirles que le hagan constar por escrito que han realizado la correspondiente evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva. Asimismo, deberán acreditar que han cumplido con sus obligaciones de información y formación en relación a sus trabajadores que vayan a desarrollar su trabajo. Además, el empresario principal deberá comprobar que las empresas contratistas y subcontratistas han establecido los necesarios medios de coordinación entre ellas. Y, en este sentido, conviene insistir una vez más en la necesidad de exigir el cumplimiento real y no meramente formal de cada una de las obligaciones (NAVARRO NIETO, 2005, 2144; PÉREZ CAPITÁN, 2004, 61). Obviamente, el sujeto directamente obligado es el empresario principal, pero conviene preguntarse qué sucede en los casos en los que existe una cadena de contratadas, esto es, cuando a una contrata se adicionan contratadas sucesivas. El art. 24.3 de la LPRL no indica si el deber de vigilancia tiene proyección a lo largo de la cadena de contratadas y subcontratadas siguiendo un criterio de jerarquía entre las relaciones empresariales.

4. El deber del empresario principal de informar a las contratadas de los riesgos y medidas de seguridad de los equipos de trabajo

El empresario debe informar a las contratadas de los riesgos y medidas de seguridad de los equipos de trabajo propios que use el personal de contrata. Estamos ante una obligación del empresario principal de carácter informativo respecto de las condiciones de seguridad de los equipos de trabajo suministrados. Por su parte, los contratistas y subcontratistas que utilicen dichos equipos de trabajo tendrán que recabar y asimilar dicha información, esto es, las empresas receptoras deberán cumplir a su vez su obligación de información a sus trabajadores (art. 18 LPRL). El art. 24.4 LPRL se remite en esta materia expresamente al art. 41.1 de la LPRL, relativo a las obligaciones de los suministradores. Así pues, el empresario principal deberá “proporcionar a los empresarios, y éstos recabar de aquéllos, la información necesaria para que la utilización y manipulación de la maquinaria, equipos, productos, materias primas y útiles de trabajo se produzca sin riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores, así como para que los empresarios pue-

dan cumplir con sus obligaciones de información respecto de sus trabajadores³⁷. Debido al proceso de subcontratación la información tendrá que comunicarse de forma escalonada a los distintos empresarios concurrentes.

VII. La configuración de la obligación empresarial a través de los medios básicos de coordinación

Los medios de coordinación son los instrumentos básicos para cumplir con el principio de cooperación entre los empresarios concurrentes. Los medios de coordinación deben dar cumplimiento efectivo al deber de cooperación y permiten, una vez recibida la información necesaria, alcanzar los objetivos de la coordinación previstos legalmente. Serán los empresarios inmersos en proceso de subcontratación y concurrentes en el centro de trabajo los que determinen los medios de coordinación (arts. 24.1 LPRL y 5.1 y 12.1 RD 171/2004), que tendrán que decidir conjuntamente el instrumento de coordinación idóneo. No obstante, al empresario titular del centro de trabajo, que ostente la posición de empleador a efectos laborales, le corresponde iniciativa de implementación de dichos medios. Si el titular del centro de trabajo no ostenta la posición de empleador respecto de los trabajadores presentes en el centro de trabajo, en ese caso la iniciativa corresponde al empresario principal (PÉREZ CAPITÁN, 2004, 52). Como sabemos, los empresarios concurrentes tendrán que velar por el cumplimiento de los medios de coordinación y participarán en las medidas de actuación conjunta³⁸.

El art. 24 de la LPRL no determina cuáles son los medios de aplicación, sino que para ello tenemos que acudir a su desarrollo reglamentario. El art. 11 del RD 171/2004 prevé una clasificación meramente ejemplificativa de los medios de coordinación³⁹, que podría ser ampliada por la negociación colectiva. En concre-

37 Se ha comentado que “sería adecuado que la información revistiese forma escrita pues, en algunos casos, no será emitida por la empresa que tiene conocimiento directo de la misma y de este modo se garantiza la exacta transmisión de su contenido.” Asimismo, se entiende que se deberá informar “cuando se suministren los elementos, a fin de que su utilización sea segura desde el inicio.” (MIRNARRO YANINI, 2003, 110).

38 Se ha sostenido que para atajar esta situación de indeterminación “(...) hubiera sido oportuno que el reglamento enunciara con cierto detalle las obligaciones de las empresas concurrentes relativas al cumplimiento de las medidas de coordinación” (LLANO SÁNCHEZ, 2004, 1565).

39 La doctrina entiende que la clasificación reglamentaria de los medios de coordinación se configura como una relación no exhaustiva de los mismo (PÉREZ CAPITÁN, 2004, 62). Asimismo, conviene subrayar que estamos ante “(...) una regulación flexible del tema, aunque no puede ignorarse que resultará problemática su utilización cuando las empresas concurrentes en el centro de trabajo pertenezcan a sectores diferentes o no estén sujetas al mismo convenio” (LLANO SÁNCHEZ, 2004, 1563).

to, los medios previstos reglamentariamente son los siguientes: el intercambio de información y de comunicaciones entre las empresas concurrentes, la celebración de reuniones periódicas entre los distintos empresarios, las reuniones conjuntas de los comités de seguridad y salud de las empresas concurrentes o, en su defecto, de los empresarios que carezcan de dichos comités con los delegados de prevención; la impartición de instrucciones; el establecimiento de un conjunto de medidas específicas de prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas o de procedimientos o protocolos de actuación; la presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos de las empresas concurrentes; la designación de una o más personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas. Como puede observarse, la mayor parte de los medios anteriormente apuntados requieren la actuación conjunta de los distintos empresarios concurrentes, a excepción de las acciones propias del empresario como la impartición de instrucciones, o la designación de una o varias personas encargadas de las labores de coordinación.

VIII. La responsabilidad solidaria del empresario principal derivada del incumplimiento del deber de vigilancia

242

El empresario principal está obligado a cumplir el deber de vigilancia, actúa, pues, como garante de seguridad respecto de los riesgos laborales generados en el ámbito de su actividad empresarial⁴⁰. El empresario principal responderá de los incumplimientos de las empresas contratistas con las que ha contratado su propia actividad, así como de los incumplimientos de las empresas auxiliares que colaboran en régimen de subcontratación en su centro de trabajo (arts. 42.3 LISOS y 24.3 LPRL)⁴¹. El ámbito de responsabilidad se refiere, pues, al período de duración de la contrata y respecto de los trabajadores que las empresas contratistas o subcontratistas ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, así mismo, es preciso en todo caso que la infracción se haya producido en el centro de trabajo en relación con obras o servicios pertenecientes a la propia actividad

40 Así pues, "(...) las obligaciones en cabeza del empresario principal vienen a significar la afirmación de un deber general de seguridad, donde se integran los deberes de coordinación, información e instrucciones y de vigilancia" (NAVARRO NIETO, 2005, 2143).

41 Se trata ciertamente de una materia ampliamente debatida por la doctrina iuslaboralista (DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, 1995, 517-534; BORRAJO DACRUZ, 1997, 157-163; GOERLICH PESET, 1997, 125-156; CORDERO SAAVEDRA, 1997, 419-436; GARCÍA MURCIA, 2000, 139-151; GARCÍA NINET, 2000; GONZÁLEZ DÍAZ, 1999, 35-41; SALCEDO BELTRAN, 2000; VALVERDE ASENSIO, 1996, 134-187).

de la empresa principal⁴². Legalmente no se determinan los tipos de responsabilidades incluidas en el régimen legal de solidaridad, sin embargo, la doctrina, con carecer general, sostiene que la responsabilidad solidaria del empresario principal se extiende a aquellas responsabilidades relacionadas con los incumplimientos de las empresas contratistas y subcontratistas que no tengan carácter personal, esto es, se extiende a las responsabilidades de naturaleza civil, administrativa —sancionadora— y de seguridad social (referencia al recargo de prestaciones del art. 164 de la LGSS). Por tanto, únicamente se excluye del ámbito de la responsabilidad solidaria las posibles responsabilidades penales.

Desde el punto de vista administrativo sancionador, estamos ante un supuesto de responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los trabajadores que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control⁴³. En este sentido, conviene subrayar que el empresario responde por los incumplimientos de las empresas contratistas o subcontratistas, con la particularidad de que dicha responsabilidad se debe, a su vez, al incumplimiento del empresario principal de su obligación de garantizar la observancia de las normas de prevención de riesgos laborales por las empresas auxiliares concurrentes en su centro de trabajo. Legalmente, se confirma la responsabilidad solidaria del empresario principal por incumplimiento del deber de vigilancia. Concretamente, el art. 10.4 del RD 171/2004 prevé en relación con el deber de vigilancia del empresario principal que “lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el art. 42.3 (...)” de la LISOS. En este sentido, se ha comentado que se introduce una gran inseguridad y se entiende que debe ser interpretado teniendo presente la regulación de los arts. 42.3 de la LISOS, lo

42 Sobre los requisitos jurisprudenciales para que se produzca la imputación de responsabilidad caben citar los siguientes: la vigencia de la contrata concertada, las obras o servicios contratados tienen que pertenecer a la misma actividad del empresario principal (no que sea idéntica) y la infracción en materia de seguridad e higiene tiene que producirse en el centro de trabajo del empresario principal. Vid. STSJ Andalucía-Sevilla de 8 de abril de 1999 (AS 1999\2990). STSJ Murcia de junio de 1999 (AS 1999\6262). STSJ Castilla y León-Valladolid de 7 de junio de 1999 (AS 1999\2723). STSJ de Cataluña de 7 de junio de 1999 (AS 1999\2827). STSJ Andalucía-Sevilla de 16 de junio de 1999 (AS 1999\6412). STSJ de Andalucía-Sevilla de 1 de julio de 1999 (AS 1999\6586). STSJ de Andalucía-Sevilla de 22 de julio de 1999 (AS 1999\6593). STSJ de Aragón de 10 de julio de 1999 (AS 1999\2737). STSJ de Castilla y León-Valladolid de 27 de julio de 1999 (AS 1999\4067). STSJ de Asturias de 1 de octubre de 1999 (AS 1999\6276). STSJ País Vasco de 10 de octubre de 2000 (AS 2000\3555). STSJ Cataluña de 26 de febrero de 2001 (AS 2001\759). STSJ del País Vasco de 30 de abril de 2001 (AS 2001\2080). STSJ de Andalucía de 15 de febrero de 2003 (AS 2003\534). STSJ (Social) del País Vasco de 8 de julio de 2003 (AS 2003\2834).

43 Vid. STS (Social) de 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9320). STS (Social) de 5 de mayo de 1999 (RJ 1999\4705). STSJ (Social) Andalucía/Málaga, de 7 de abril de 2000 (AS 2000\1051).

cual quiere decir que si el empresario principal cumple con su deber de vigilancia se le exime de la responsabilidad solidaria⁴⁴.

El art. 42.3 de la LISOS conecta directamente con las infracciones contempladas en los arts. 12.13 y 13.7 de la LISOS. La diferencia entre ambos supuestos es evidente, ya que en este último supuesto el empresario principal responde directamente de los incumplimientos de los deberes de coordinación, de información e instrucción, esto es, responde de forma exclusiva sin referencia a los incumplimientos de las empresas contratistas o subcontratistas⁴⁵. En cambio, el art. 42.3 de la LISOS se refiere al incumplimiento del deber de vigilancia del empresario principal, en cuyo caso, el empresario principal responde de forma solidaria con el contratista o subcontratistas por los incumplimientos de estos últimos de los deberes preventivos. De este modo, no se contempla una sanción concreta a imponer por el incumplimiento del deber de vigilancia, sino que se atribuye responsabilidad solidaria de la empresa principal por los incumplimientos de las empresas auxiliares que se produzcan en su centro de trabajo. No estamos, pues, ante una responsabilidad autónoma, sino ante una responsabilidad aneja al hecho de que se haya producido una infracción por parte de las empresas contratistas o subcontratistas en el centro de trabajo (MARTÍN TOVAL, 2003, 104). La norma viene, pues, a acentuar el papel de sujeto responsable del empresario principal debido a su posición de dominio en el proceso productivo, reforzando las reglas legales de seguridad y salud en el trabajo.

IX. Referencias bibliográficas

- AA.VV. (2005). *La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva, Un Estudio sobre la Comunidad de Madrid*, edita Fundación Sindical de Estudios, Madrid.
- AA.VV. (2003). *La salud laboral en la negociación colectiva en España (1995-2002)*, Istas, Madrid.

44 En este sentido, y en relación con el art. 10.4 del RD 171/2004, se entiende que “(...) el deber de vigilancia no es *un* deber absoluto, que exija al empresario principal una vigilancia de todo, por lo que, en consecuencia, no hay por qué exigirle que responda de todo, y en todo caso” (LLANO SÁNCHEZ, 2004, 1561).

45 En este sentido, se puede consultar un supuesto de responsabilidad exclusiva de la empresa contratista por falta de información sobre los riesgos y medidas a adoptar. Vid. STSJ (Social) de Aragón de 7 de marzo de 2002 (AS 2002\1344).

- ALARCÓN CARACUEL, M.R. (1996). “Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores”, en AAVV, *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Aranzadi, Pamplona.
- ALFONSO MELLADO, C.L. (1998). *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ALVÁREZ CUESTA, H. (2006). “Subcontratación de obras y servicios”, en *Aspectos puntuales de la Reforma Laboral de 2006*, (Coord. Fernández Domínguez, J.J.), Laborum, Murcia.
- ALVÁREZ MONTERO, A. - GARCÍA JIMÉNEZ, M. (2004). “Reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF), núm. 251/2004.
- ARROYO, J. (2006). “Los sistemas descentrados de recursos humanos en salud: el caso del Perú”, *Ciênc. saúde coletiva*, 4, vol. 11.
- BALLESTER PASTOR, M.A. (2000). “El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural”, en AAVV, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BLASCO LAHOZ, A. (1998). *Sanciones administrativas en el orden social*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BLASCO MAYOR, A. (2002). “Previsiones y carencias de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales frente al fenómeno de la externalización”, en *Revista Actualidad Laboral* núm. 35.
- BLAT GIMENO, F. (2000). “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en AAVV, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BORRAJO DACRUZ, E. (1997). “Selección de normas aplicables para determinar las obligaciones y responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales de las empresas que trabajan en régimen de coordinación de actividades”, en *Actualidad Laboral*, T. I.
- CALVO GALLEGO, F.J. (2006). “Las modificaciones en el régimen jurídico de la subcontratación”, en *La Reforma Laboral de 2006*, (Coord. Cruz Villalón, J.), Lex Nova, Valladolid.

- CASAS BAAMONDE, M^a.E. (1997). “Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador”, en AAVV, *Seguridad y Salud en el Trabajo*, La Ley-Actualidad. Madrid.
- CORDERO SAAVEDRA, L. (1997). “La responsabilidad empresarial por incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 83.
- CRUZ VILLALÓN, J. (1992). “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, en *Relaciones Laborales*, tomo II, 1992.
- CRUZ VILLALÓN, J. (1999). “Outsourcing, contratas y subcontratas”, Ponencia Temática del X congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.
- CRUZ VILLALÓN, J. (2002). “Outsourcing y relaciones laborales”, en AAVV, *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*, Lex Nova, Valladolid.
- DEL REY GUANTER, S. — LUQUE PARRA, M. (1999). “Algunos problemas sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral”, en *Relaciones Laborales*, núm. 20.
- DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, L. (1995). “Responsabilidad de la empresa principal en el caso de contratación o subcontratación de obras o servicios en materia de seguridad e higiene en el trabajo”, en *Actualidad Laboral*, T. II.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (2002). “Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo”, en *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva*, MTAS, Madrid.
- FERNÁNDEZ DOCAMPO, M^a.B. (2002). “Responsabilidad administrativa del empresario principal en materia de seguridad y salud en el trabajo”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 113.
- FERNÁNDEZ DOCAMPO, M.B. (2003). *Seguridad y salud laboral en las obras de construcción, obligaciones y responsabilidades*, Aranzadi, Pamplona.
- FERNÁNDEZ MARCOS, L. (2001). *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa reglamentaria*, Dykinson, Madrid.
- FERNÁNDEZ MARCOS, L. (2004). “Sobre la reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales”, en *Actualidad Laboral*, núm. 13.

- GARCÍA MURCIA, J. (1983). “El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores”, en *Revista de Política Social*, núm. 130.
- GARCÍA MURCIA, J. (1997). “Régimen de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo”, en AAVV, *Seguridad y salud en el trabajo*, La Ley, Madrid.
- GARCÍA MURCIA, J. (2000). “Trabajo autónomo y seguridad y salud en el trabajo”, en *Relaciones Laborales*, núm. 7-8.
- GARCÍA MURCIA, J. (2003). “La dispersa regulación de las contratas y subcontratas: propuestas de cambio”, en *Documentación Laboral*, núm. 68.
- GARCÍA MURCIA, J. (2003). *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- GARCÍA NINET, J. I. (1998). “Coordinación de actividades empresariales: relaciones interempresariales, descentralización productiva (contratas y subcontratas) y prevención de riesgos laborales (II)”, en *Tribuna Social*, núm. 96.
- GARCÍA NINET, J. I. (2000). “Obligaciones y responsabilidad en materia de seguridad y salud en los supuestos de contratas y subcontratas. Consideraciones en torno al art. 24”, en AAVV, *Descentralización productiva y protección del trabajo de contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA PIQUERAS, M. (1998). *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas de obras y servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GOERLICH PESET, J.M. (1997). “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, en *Actualidad Laboral* núm. 3/1.
- GOERLICH PESET, J.M. (2000). “Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios”, en AAVV, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GOERLICH PESET, J.M. (2002). “Actividades laborales externalizables: régimen jurídico”, en Pedradas Moreno (Dir.), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Lex Nova, Valladolid.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F.A. (1999). “Alcance de la deuda de seguridad y salud en el trabajo en los supuestos de contratas y subcontratas. Comentario a la STSJ Asturias de 23 de julio de 1999”, en *Aranzadi Social*, núm. 11.

- GONZÁLEZ, M. - ARRUNADA, B. - FERNÁNDEZ, A. (1997). “La decisión de subcontratar: el caso de las empresas constructoras”, en *Investigaciones económicas*, Vol. XXI.
- IGLESIAS CABERO, M. (1997). “Artículo 42”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Civitas, Madrid.
- LANZADERA ARENCIBIA, E. (2004). “Comentarios a la reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF), núm. 252.
- LLANO SÁNCHEZ, M. (1999). *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, La Ley, Madrid.
- LLANO SÁNCHEZ, M. (2004). “El reglamento de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales”, en *Actualidad Laboral*, núm. 13.
- LUQUE PARRA, M. (2001). *La organización de la prevención en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍN TOVAL, E. (2003). “La coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales”, en *Temas Laborales*, núm. 71.
- MARTÍN VALVERDE A. (1982). “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, en AAVV, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, T. VII, EDESA, Madrid.
- MATEOS BEATO, A. (2003). “Coordinación de actividades empresariales en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en *Información Laboral*, núm. 11.
- MERCADER UGUINA, J.R - MUÑOZ RUIZ, A.B. (2002). “El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales”, en *Aranzadi Social*, núm. 14.
- MIÑARRO YANINI, M. (2001). “Obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales en los supuestos coincidencia física en un mismo lugar de trabajo de trabajadores de varias empresas”, en *Aranzadi Social*, núm. 11, octubre.
- MIÑARRO YANINI, M. (2002). *La prevención de riesgos laborales en la contratación temporal, empresas de trabajo temporal y subcontratas*, MTAS, Madrid.
- MIÑARRO YANINI, M. (2003). “La prevención de riesgos laborales en las contratas y subcontratas”, en *Documentación Laboral*, núm. 68.

- MIÑARRO YANINI, M. (2003). *La prevención de riesgos laborales en la contratación temporal, empresas de trabajo temporal y contratas y subcontratas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Madrid.
- MONEREO PÉREZ, J.L. (1994). “La responsabilidad empresarial en los procesos de subcríticos”, Ed. Íbidem, Madrid.
- MONTOYA MELGAR, A. - PIZÁ GRANADOS, J. – ALZAGA RUIZ, I. (2004). *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2004, Madrid.
- NAVARRO NIETO, F. (2004). “Descentralización productiva y relaciones laborales”, en *Documentación Laboral*, núm. 71, Vol. II.
- NAVARRO NIETO, F. (2005). “La responsabilidad administrativa en materia de riesgos laborales en los supuestos de contratas y subcontratas”, en *Actualidad Laboral*, núm. 18.
- NAVARRO NIETO, F. (2005). *Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales*, Editorial Bomarzo, Albacete.
- NIETO SAINZ, J. (2003). “Las reformas en materia de seguridad y salud en el trabajo: podemos reducir accidentes.”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 24.
- OJEDA AVILÉS, A. (2005). “Aspectos laborales de las redes de empresas”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 125 (enero-marzo).
- OJEDA, A. - ALARCON, M.R. - RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. (1996). *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Aranzadi, Pamplona.
- OLMO GASCÓN, A.M. (2002). *Los derechos laborales del trabajo en contratas*, Comares, Granada.
- PÁRAMO MONTERO, P. (1996). Estudio sobre la responsabilidad empresarial en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en *Relaciones Laborales*, núm. 2.
- PÁRAMO MONTERO, P. (1997). “En torno al artículo 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: la problemática de la responsabilidad solidaria” en *Relaciones Laborales*, núm. 2.
- PARGA LANDA, E. (2003). “Problemas prácticos sobre salud en las contratas”, en *Documentación Laboral*, núm. 68, Vol. II.

- PÉREZ CAPITÁN, L. (2002). “La responsabilidad administrativa en los supuestos de contratas y subcontratas en el Derecho Sancionador de la Seguridad y Salud en el Trabajo (un análisis del artículo 42.3 de la LISOS)”, en *Justicia Laboral*, núm. 12.
- PÉREZ CAPITÁN, L. (2003). “Un comentario a la Ley de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales”, en *Justicia Laboral*, núm. 16.
- PÉREZ CAPITÁN, L. (2004). “El nuevo marco regulador de la coordinación preventiva. Un análisis del RD 171/2004, de 30 de enero”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 26.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2000). “El concepto de propia actividad empresarial”, en AAVV, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F. (2003). “La seguridad y salud en el trabajo en los supuestos de concurrencia de actividades empresariales. A propósito del posible desarrollo reglamentado del art. 24 LPRL”, en *Actualidad Laboral*, núm. 30.
- POLO CAMPOS, F.H. – ZEITOUNE GOLLNER, R. – LISBOA, M.T. – VÁSQUEZ CHARCAPE, N. (2017). “El fenómeno de la tercerización del trabajo y su repercusión en la salud del trabajador en América Latina”, In *Crescendo*, núm. 8.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. (2002). “Las responsabilidades del empresario principal en las contratas y subcontratas”, Pedrajas Moreno (Dir.), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Lex Nova, Valladolid.
- RIVERO LAMAS, J. (2003). “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico laboral”, en *Descentralización Productiva y Responsabilidades Empresariales el “outsourcing”*, (Dir. Rivero Lamas), Aranzadi, Pamplona.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (2005). “Nuevos enfoques de la prevención de los riesgos laborales”, en *Relaciones laborales*, T. I.
- SALCEDO BELTRAN, C. (2000). *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*, Tirant, Valencia.
- SÁNCHEZ CUBEL, M.O. (1996). *Todo sobre la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Cisspraxis, Barcelona.

- SÁNCHEZ IGLESIAS, A.L. (2003). “Comentarios sobre la Ley de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales” en *Mapfre Seguridad*, núm. 93.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. - GARCÍA BLASCO, J. - GONZÁLEZ LABRADA, M. - CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 189.
- TOLOSA TRIVIÑO, C. (1996). “La responsabilidad empresarial en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en *Actualidad Laboral*, T. I.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2001). “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”, en *Relaciones Laborales*, núm. 20.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2001). “La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa”, en *Actualidad Laboral*, núm. 18.
- VALVERDE ASENCIO, A. (1997). *La responsabilidad administrativa laboral en los supuestos de pluralidad de empresarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- VICENTE PALACIO, A. - BALLESTER PASTOR, M^a.A. (1998). “Otros sujetos obligados: fabricantes, importadores y suministradores”, en AAVV, *Curso de prevención de riesgos laborales*: Universitat Jaume I, Castellón.

Laborem

N.º 21 / 2019

TENDENCIAS



EL TRABAJADOR TRANSPARENTE: RELACIONES LABORALES Y REDES SOCIALES

JOAQUÍN PÉREZ REY*

El profesor Pérez Rey presenta, en este artículo, al problema contemporáneo de la efectividad del derecho a la intimidad ante medios de hecho existentes que transparentan la vida personal y familiar de las personas. Esto reporta una serie de consecuencias indeseadas respecto de la efectividad de los derechos fundamentales en el trabajo: desde la exposición de trabajadores al ejercicio desviado del poder de dirección hasta la posible comisión de faltas a los deberes implícitos del contrato de trabajo encuentran nuevos espacios en a través de las redes sociales.**

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** El acceso empresarial a las redes sociales personales del trabajador. **III.** Consecuencias de las redes sociales en los procesos de contratación y despido. *1. Las redes sociales en los procesos de colocación. 2. Redes sociales y relación laboral, especialmente el despido.* **IV.** La actividad sindical a través de las redes sociales. **V.** Las redes sociales en el proceso laboral. **VI.** Conclusiones.

255

I. Introducción

Para cualquiera que haya conocido los tiempos de la intimidad tradicional, aquellos en los que las personas pugnaban por mantener un ámbito propio y reservado frente a los demás, la comprobación de su declive¹ constituye casi una

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social- UCLM

** Reseña efectuada por los editores de *Laborem 21*.

1 GOÑI SEIN, J. L., «Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento europeo de protección de datos de 2016», *RDS*, núm. 78, 2017, p. 21. Dice este autor que en la actualidad la tendencia es justamente la opuesta al viejo

evidencia. En los pocos años que transcurren entre el despido de un trabajador que, según constata un acta notarial, trabaja en un taller durante su enfermedad² y el de otro que durante la IT publica en Facebook unas fotos vacacionales en las que aparece «tocando los genitales de una figura de un indio»³, muchas cosas han cambiado. Esta fulgurante alteración de los hábitos nos interpela acerca de los límites de nuestra voluntaria exposición pública y, en nuestro contexto, acerca de cómo adaptar a la era de las redes sociales⁴ la configuración legislativa de un contrato, el de trabajo, que apenas intuía que podía acabar lidiando con un trabajador transparente tanto en su quehacer profesional como, lo que es más sorprendente, en su vida privada. Es una nueva forma de comunitarismo en el que toda la persona del trabajador se encuentra sometida a la disciplina y al control de su vida por el interés de la empresa para la que trabaja, sin distinción ni separación entre espacio de trabajo y espacio de privacidad.

Naturalmente no es solo un problema laboral, sino que atraviesa todos los ámbitos de las relaciones sociales, enfrentándonos a peligros que a veces son difíciles de imaginar e incluso de comprender. Cuando se escriben estas líneas la más conocida de las redes sociales, Facebook, se haya sumida en un impactante escándalo derivado del uso ilegítimo de los datos de millones de ciudadanos por una consultora con el propósito de influir en el voto a las elecciones presidenciales de EE. UU. y en el *Brexit*⁵. Las coordenadas en las que se mueve este suceso, bien significativo por lo demás del mundo global en el que vivimos, permiten, aunque solo sea intuir, las enormes consecuencias que puedan llegar a derivarse del acceso a los datos sociales y cómo estos pueden ser determinantes en el discurrir de relaciones, como las laborales, que siempre han tenido dificultades para separar nítidamente el ámbito de lo privado del puramente profesional.

Las dificultades empiezan antes incluso de la formalización del contrato de trabajo. Los procesos de selección de personal tienen en las redes sociales un imprescindible punto de arranque en la actualidad, de modo que son muy altas las

right to be let alone y que en la sociedad de las redes lo que adquiere valor es la privacidad en sentido amplio, en cuanto control sobre los datos.

2 STS 23-7-1990 (rec. 145/90).

3 STSJ Andalucía (Sevilla) 29-10-2015 (rec. 2723/14).

4 La necesidad de cumplir con el espacio asignado a este trabajo nos lleva a dar por supuesto el concepto de redes sociales. El lector puede encontrar en la literatura jurídico-laboral una aproximación al mismo en el trabajo de NORES TORRES, L. E., «Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales», *IL*, núm. 7, 2016, p. 25-28.

5 «Escándalo de Cambridge Analytica: Facebook avisará a partir del lunes 9 de abril a los casi 137.000 usuarios afectados en España», *Infolibre.es*, 5-4-2018.

posibilidades de que se vean afectados por el uso de los datos «sociales», multiplicando las posibilidades de repercutir negativamente en los principios de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y de no discriminación.

Dentro ya de los dominios de la relación laboral la actividad de los trabajadores en los espacios virtuales vuelve a cargarse de repercusiones que van desde constituir un mecanismo instrumental del control y vigilancia de su actividad hasta constituir el fundamento del despido. A ello únase la relevancia que las redes tienen para la imagen corporativa de la empresa y cómo, cada día con más frecuencia, su manejo integra la prestación laboral o se constituyen en instrumentos, alentados por la propia empresa, para mejorar la interacción entre los miembros de la plantilla⁶.

Por supuesto, la actividad sindical y representativa encuentra en las ágoras virtuales un espacio muy propicio de desenvolvimiento con capacidad para desbordar el ámbito empresarial y, lo que constituye una fuente muy habitual de problemas, afectar a la reputación e imagen empresariales.

Finalmente, las cuestiones que las redes sociales plantean al Derecho del Trabajo encuentran una especial complejidad en el ámbito del proceso y en especial en el terreno probatorio, una vez que no es sencillo acreditar la integridad de las informaciones que proveen y tampoco es infrecuente que estas se obtengan de forma irregular.

Se trata por tanto de un territorio, el de las redes sociales y sus implicaciones jurídico-laborales⁷, que pese a su irrupción reciente genera un conjunto amplio de

6 No se descuide que las empresas obtienen importantes beneficios del uso de las redes sociales por parte de sus empleados, una vez que facilitan la colaboración entre ellos, mejoran la eficiencia en las operaciones, impulsan la orientación y el aprendizaje, la creación de marca interna, el desarrollo organizativo y el de nuevos productos y servicios, vid. MELLO, J. A., «Social Media, Employee Privacy and Concerted Activity: Brave New World or Big Brother», *Labor Law*, núm. 63, 2012, p. 165-166, cit. por LOWENSTEIN, H. y SOLOMON, N., «Social Media Employment Policy and the NLRB: Uniform State Laws as a solution?», *Southern Law Journal*, Vol. 25, 2015, p. 141.

7 Que es desde hace algún tiempo objeto de tratamiento en nuestra doctrina, así, además de otros trabajos que citaremos a lo largo del texto, pueden mencionarse los estudios de CARDONA RUBERT, M. B., «La utilización de las redes sociales en el ámbito de la empresa», *RDS*, núm. 52, 2010, p. 67 y ss.; *Ibid.* «Redes sociales en el contrato de trabajo», en RALLO LOMBARTES, A. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (Coords.), *Derecho y redes sociales*, Civitas, 2ªed., Cizur Menor, 2013, p. 163-176; CALVO GALLEGOS, F. J., «TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales»; *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 71, 2012; SELMA PENALVA, A., «La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014; ANGULO GARZARO, A. y ANGULO GARZARO, N., «Límites a la

problemas que se suman a los que en general plantean las NTIC para el ordenamiento laboral en su conjunto y que ponen de manifiesto los límites de una legislación que apenas las considera, dejando las soluciones a los operadores jurídicos que no siempre cuentan con útiles necesarios para ofrecerlas.

II. El acceso empresarial a las redes sociales personales del trabajador

Es obvio que las derivadas laborales de los *posts*, las informaciones, las fotos, las expresiones, los videos y todo aquello, casi ilimitado, que los *social media* pueden acoger tienen un inevitable punto de partida: el acceso por parte del empresario a tales contenidos. Se trata de una premisa lógica que constituye el desencadenante de muchas decisiones empresariales que pueden afectar, ya lo hemos indicado, desde la colocación hasta el despido.

El problema es que el acceso empresarial a la actividad «social» del trabajador no constituye un inconveniente en muchas ocasiones. Es más, la particularidad de las redes consiste en que no se precisa por lo general invadir la computadora profesional del trabajador, lo que nos llevaría al discurso general sobre los límites que el poder de control empresarial encuentra en estos casos, sino que son accesibles a través de la libre navegación.

El acceso a los datos de un perfil en una red social depende en realidad de la propia configuración que de su privacidad haga el usuario, de modo que cabe desde un uso público o accesible sin restricciones hasta una configuración más restringida y recelosa con las posibilidades de acceso a la información disponible en la red, que además no es siempre posible en las redes con mayor proyección pública.

En cualquier caso, al usuario no le resultará fácil limitar a los receptores de sus publicaciones pues en última instancia quien se abre un perfil social lo hace para someterse a cierto grado de exposición que, en la mayoría de las ocasiones, acaba por no ser controlable y muchas veces este desbordamiento se produce de forma inconsciente.

Conviene profundizar en esta última idea que puede llegar a tener mucha relevancia en la dimensión laboral de la información procedente de los perfiles virtuales. Advuértase, en primer lugar, que la gestión de la difusión de aquello que

utilización de las redes sociales como medio de expresión: la lesión al honor o la imagen y el despido como consecuencias indeseables», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 43, 2017.

se incorpora a la red no es precisamente sencilla. La denominada configuración de la privacidad puede llegar a exceder las habilidades de los internautas menos experimentados que no siempre serán conscientes de los destinatarios de aquello que vierten o comparten en los *social media*. En segundo lugar, y en íntima relación, se debe mencionar que es prácticamente imposible tener un control sobre el destino y el acceso de los contenidos que se incorporan a las redes sociales. Más allá de los ajustes de privacidad lo cierto es que cuando algo se «sube» al internet social las posibilidades de que desborde su ámbito inicial o esperado son muy altas, bien porque sea compartido por «amigos» que tiene diferente configuración de privacidad, bien porque en el círculo de destinatarios iniciales de la publicación se encuentren perfiles falsos o no esperados por el titular de la cuenta o, incluso, porque mediante «pantallazos» u otros métodos similares lo expuesto restringidamente en una red social acabe difundiéndose en otras⁸.

Se trata de elementos importantes desde la perspectiva jurídico-laboral, pues, sobre todo cuando la actividad en Facebook o redes similares adquiere dimensión disciplinaria, es imprescindible atender a estas circunstancias para valorar la culpabilidad del trabajador. Sin que se pueda tampoco descartar, claro es, que esta expansión de un contenido reservado en inicio conculque la intimidad o el secreto de las comunicaciones. Sin embargo, la doctrina judicial es renuente a admitir este tipo de violaciones, una vez que en la mayoría de las ocasiones son los propios destinatarios del mensaje inicial los que lo difunden posteriormente y permiten que llegue a ser conocido por el empresario.

Lo que no parece posible es impedir desde la perspectiva laboral el acceso empresarial a los perfiles sociales de los trabajadores cuando estos son públicos o incluso cuando han dado acceso voluntario al empleador. No cabe, sin embargo, y luego insistiremos sobre esta idea, hacer derivar siempre de un perfil público la intención del trabajador de comunicar o exponer algunas informaciones sin restricciones, pues en ocasiones no se será consciente de que está haciendo tal cosa. Además, y este es un vector que no podemos desarrollar por completo en estas líneas, no puede olvidarse aquí la incidencia de la normativa de protección de datos. El tratamiento empresarial de los datos de las redes no estaría amparado

8 Vid., por ejemplo, el supuesto de STSJ Aragón 18-5-2016 (rec. 300/2016) en donde los comentarios de una trabajadora en su muro de Facebook se fotografían y difunden entre la plantilla de la empresa a través de WhatsApp. También el caso en el que una de las participantes de un grupo de WhatsApp desvela a la empresa los contenidos: STSJ Andalucía (Sevilla) 22-11-2017 (rec. 3626/2016), que entiende que en estos casos no hay obligación jurídica de reserva, sino a lo sumo un deber ético.

por la «excepción doméstica» del art. 2 LOPD⁹ y requeriría el consentimiento del afectado incluso cuando sus publicaciones fueran en abierto¹⁰

La alternativa a estas cuentas abiertas es la configuración de perfiles restringidos que no permiten el acceso empresarial. Será muy difícil una configuración por completo cerrada, pues, incluso en las configuraciones más restrictivas, siempre hay determinados datos públicos (*nick*, foto de perfil, los «me gusta» ...), pero fuera de ellos el empresario no puede, sin desbordar ilegítimamente sus poderes, exigir al trabajador o al candidato al empleo el acceso a la información que consta en sus perfiles. El derecho a la intimidad de los trabajadores quedaría gravemente conculcado y se debe por tanto descartar cualquier operatividad a este proceder empresarial.

Sin embargo, este tipo de prácticas son conocidas, al menos fuera de nuestras fronteras. En EE. UU. se constató la práctica empresarial de exigir a los candidatos al empleo y a los trabajadores el acceso a sus perfiles en las redes sociales, bien incorporando a las empresas como «amigos», bien lisa y llanamente facilitando las claves de acceso o incluso exigiendo la apertura de las redes en presencia del empresario. Se trata de un proceder tan extendido, el de exigir las contraseñas de las redes sociales como condición de empleo, que ha llevado a que más de una veintena de estados norteamericanos, comenzando por Maryland en 2012, hayan adoptado actos legislativos dirigidos a prohibir este tipo de prácticas¹¹.

9 Pues se trata de una excepción que solo alcanza a «tratamientos relativos a las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares» (art. 4 RD 1720/2007).

10 La AEPD en su informe 0184/2013 ha mantenido que «no cabe el tratamiento de datos de terceros que no [...] hayan prestado [su consentimiento] aunque su perfil se encuentre abierto, ya que dicha circunstancia no implica el consentimiento de sus titulares para el tratamiento de los datos personales contenidos en el mismo». Por su parte el Reglamento (UE) 2016/679, de inminente aplicación, dispone que «para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, este no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento» (Considerando 43). Finalmente, en esta materia, la protección de datos en el ámbito de las redes sociales, es también de obligada consulta el Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea, adoptado el 12-6-2009 por el Grupo de trabajo sobre protección de datos del art. 29. En él se establecen algunas pautas acerca de cómo deberían llevarse a cabo los ajustes de privacidad por parte de los responsables de las redes que, entre otras finalidades, se dirigen a evitar que los usuarios no publiquen sin querer en ámbitos de fácil acceso por terceros, algo decisivo en el caso de los trabajadores.

11 Muchas de estas leyes se han basado en la ley primigenia de Maryland que prohíbe al empresario exigir al candidato o al trabajador su nombre de usuario, contraseña u otros mecanismos de acceso a sus redes sociales. Un elenco *online* de estas leyes estatales en: <http://www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/state-laws-prohibiting-access-to-social-media-user-names-and-passwords.aspx> (última consulta 14-4-2018).

El 16 de noviembre de 2016 la *Uniform Law Commission* adoptó la *Employee and Student Online Privacy Protection Act*. Se trata de un instrumento de uniformización que pretende funcionar como modelo para los estados y que, dejando de lado su eficacia, puede resultar sugestivo como muestra de cómo abordar una regulación de este tipo. Y es interesante además porque más allá de que, como acabamos de exponer, nuestro ordenamiento no permita tales prácticas, no es seguro que tenga la fuerza suficiente para eliminarlas y sancionarlas adecuadamente o impedirles en todas sus variantes.

El instrumento parte de una constatación que prácticamente no merece la pena señalar y es que los trabajadores pueden ser coaccionados para facilitar los datos de acceso a sus redes sociales y que en muchas ocasiones van a encontrar dificultades para negarse a darlas.

A partir de ahí prohíbe al empresario exigir al trabajador el acceso a sus redes sociales (ya sea desvelando las claves, modificando los ajustes del perfil o consultando este en presencia empresarial) e incluso solicitar su inclusión entre los miembros de la red del trabajador (la «solicitud de amistad»), aunque no impide que sea el propio trabajador el haga este requerimiento al empresario. La protección se concentra en las cuentas personales, no en aquellas proporcionadas por la propia empresa y tampoco se extiende a aquellos contenidos que los trabajadores comparten públicamente. Se garantiza también que las empresas no hagan un uso incorrecto del *login* o contraseña de acceso a la red del trabajador cuando han accedido a él involuntariamente mediante el monitoreo de los sistemas informáticos exigido por labores de mantenimiento o *cyberseguridad*. Finalmente se establecen excepciones a la protección, que también recogen las leyes estatales. En estas siguiendo el modelo inicial de Maryland se configuran límites a protección dispensada cuando el empresario conoce que la cuenta personal del trabajador se ha usado para fines comerciales y se abre una investigación dirigida a verificar el cumplimiento de las normas financieras; también cuando el trabajador ha descargado sin autorización información de la empresa o financiera en sus cuentas personales.

En nuestro ordenamiento, donde carecemos de una prohibición explícita al respecto y que no sería ocioso incorporar, tales prácticas son claramente rechazables al suponer una intromisión ilegítima en la intimidad lo que no evita poner de manifiesto las dificultades para detectarlas y sobre todo para garantizar la indemnidad de los candidatos a un determinado trabajo o de los trabajadores en general.

Naturalmente esta misma ilicitud, acaso más evidente, se puede predicar de los accesos no autorizados a los datos de las redes sociales por parte de las empresas, valiéndose de aplicaciones que interactúan con las redes sociales y permiten extraer datos de ellas. El ya mencionado caso *Cambridge Analytica* constituye un ejemplo claro de esta posibilidad fraudulenta de acceso a la información de los perfiles virtuales. Pero no solo, cualquier acceso a los contenidos privados de las redes por parte del empleador valiéndose de maquinaciones o fraudes desde luego que no cabe y da lugar, entre otras consecuencias, a la falta de efectos de las informaciones obtenidas, algo en lo que insistiremos cuando dediquemos algunas líneas al proceso.

Señalados estos lineamientos acerca de las posibilidades y límites del empresario para acceder a los datos de los trabajadores incluidos en las redes personales es el momento de pasar a analizar brevemente qué consecuencias puede tener estos en el ámbito amplio de las relaciones laborales.

III. Consecuencias de las redes sociales en los procesos de contratación y despido

262

La popularización de los *social media* tiene muchas coordenadas laborales, algunas de ellas seguramente están todavía por llegar, pero ya hay territorios en los que aparecen con frecuencia. Vamos a detenernos en estas breves líneas en dos de ellos, acaso los más habituales: los procesos de selección del personal y el ejercicio del poder disciplinario empresarial derivado de la actividad del trabajador en las redes. Repárese una vez más que se trata de fenómenos que nuestro ordenamiento no aborda específicamente, limitándose a prestar los materiales generales que no siempre se acompañan bien con las realidades virtuales. Precisamente por ello, y mientras la legislación se decide a abordar estas nuevas realidades, la negociación colectiva se carga de protagonismo y también los códigos de conducta dirigidos a disciplinar con mayores dosis de seguridad jurídica la irrupción de las NTIC en el ámbito laboral.

1. Las redes sociales en los procesos de colocación

En los mecanismos de selección que determinan las decisiones de contratación de los trabajadores, las redes sociales, esto es, la información que de ellas se

extrae de los candidatos, tienen desde hace algún tiempo un gran protagonismo como reconocen los propios agentes que intervienen en estos procesos¹².

Naturalmente el acceso a esta información depende en buena medida de cómo los candidatos hayan configurado la privacidad de sus redes, pero no se descuide que, incluso cuando se ha optado por un perfil restrictivo o limitado y no público, es casi imposible evitar el acceso a cierta información que puede ser muy sensible en el marco de un proceso selectivo. Como se sabe, y tomamos Facebook como ejemplo dada su amplísima difusión, existe un determinado nivel de información procedente de la cuenta que tiene posibilidad de ser consultada por cualquier otro miembro de la red y sin necesidad de acceder al círculo de amigos. Normalmente así sucede con las fotos del perfil, de las portadas, la pertenencia a grupos públicos o, especialmente, los «me gusta» a organizaciones, medios de comunicación, música, libros, deportes, personajes públicos, etc. En verdad estos datos cuasi públicos permiten, también cuando la actividad del sujeto en las redes sociales no es muy intensa, extraer información bastante aproximada de las convicciones del candidato, sus intereses o inquietudes que pueden ser instrumentalizadas en las decisiones de colocación, dando lugar a decisiones discriminatorias muy difíciles, sin embargo, de desvelar. Así piénsese, por ejemplo, en la preterición de candidatos derivada de que sus perfiles reflejan interés por organizaciones sindicales o políticas o por determinadas creencias.

No se trata solo de que los empresarios de forma más o menos rudimentaria puedan usar los *likes* de Facebook para tomar decisiones sobre la contratación, sino que, como ya viene sucediendo en otros países, es frecuente el encargo a empresas especializadas de «social media dossiers» acerca de los candidatos a un empleo o de los trabajadores de la propia plantilla¹³. En nuestro sistema, como ha advertido la doctrina, la elaboración de perfiles sociales individualizados de los candidatos por los agentes de la intermediación (art. 32 TRLE) encontraría límites en la protección de datos que impedirían trasladar estas informaciones al empresario¹⁴, pues resulta obvio que las normas sobre protección de datos se

12 Un estudio del que partir en nuestra doctrina es el de LLORENS ESPADA, J., «El uso de Facebook en los procesos de selección de personal y la protección de los derechos de los candidatos», *RDS*, núm. 68, 2014, p. 53 y ss. Aquí se manejan algunos datos estadísticos sobre el uso de las redes por los reclutadores (p. 55-56).

13 Este es el objeto principal de una compañía como *Social Intelligence* en cuya web puede el lector encontrar una aproximación, que no deja de ser inquietante, acerca de cómo funciona la elaboración de los «social media hiring report».

14 LLORENS ESPADA, J., «El uso de Facebook en los procesos...», *op. cit.*, p. 63.

extienden a aquellos que han sido recabados en las redes sociales con ocasión de procesos de selección¹⁵.

Ni qué decir tiene que la obtención de estas informaciones no puede dar lugar a decisiones de contratación discriminatorias, otra cosa son las dificultades para hacer valer esta protección. Así desde luego no se justificaría que las decisiones empresariales se basaran en las creencias políticas, religiosas o en la actividad sindical que dejan translucir las redes sociales del trabajador, entre otros motivos discriminatorios (para el resto acúdase al art. 4.2.c) ET). Desde luego que, en estos casos, más allá de su efectividad, concurre en favor del trabajador o candidato al empleo la tutela antidiscriminatoria. Sin embargo, con frecuencia los datos recopilados de las redes sociales afectan a conductas privadas de los trabajadores, muchas veces meramente recreativas ¿se extiende a ellas la tutela antidiscriminatoria a pesar de no ser «actividades protegidas» por usar la terminología anglosajona? Piénsese, para ilustrar lo que decimos con algunos ejemplos que se pueden extraer de la red, en decisiones de contratación relacionadas con conductas exhibidas en los muros de los candidatos, tales como el consumo de drogas o alcohol, las aficiones musicales, los hábitos de los fines de semana, las interrelaciones con el círculo de amigos sobre temas banales o de ocio, etc.

Finalmente, tráigase aquí lo ya advertido acerca de la imposibilidad de que en los procesos de selección se exija a los candidatos facilitar el acceso a sus redes sociales, lo que no constituye una práctica desconocida como ya vimos y que, en nuestro ordenamiento, daría lugar a la infracción muy grave prevista en el art. 16.1.c) TRLISOS consistente en «solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección»¹⁶.

Pero el impacto de las redes se produce también en el interior de las relaciones laborales donde los problemas que se generan son diversos, aunque con un marcado protagonismo del poder disciplinario empresarial como reacción a los «comportamientos sociales» de los trabajadores.

2. Redes sociales y relación laboral, especialmente el despido

Antes de avanzar se debe partir de una distinción crucial entre la distinta naturaleza que pueden tener las redes sociales de las que hace uso el trabajador.

15 NORES TORRES, L. E., «Algunos puntos críticos...», *op. cit.*, p. 32.

16 Que tiene, no obstante, algunas limitaciones y no abarcaría, por ejemplo, la obtención de datos a través de la navegación por la red, vid. NORES TORRES, L. E., «Algunos puntos críticos...», *op. cit.*, p. 31.

Es preciso determinar con antelación si estamos ante un uso de las redes sociales que se inscribe en la prestación de trabajo, dando lugar a un perfil laboral o profesional o se trata en cambio de perfiles privados sin que sea descartable, al revés es bastante habitual, un uso mixto de mayor o menor intensidad. Así, por ejemplo, redes muy enfocadas al ámbito profesional como *LinkedIn* que incorporan a perfiles privados en su mayor parte datos de contenido profesional o redes más generalistas como Facebook en las que perfiles privados y destinados a compartir fundamentalmente actividades personales ofrecen, sin embargo, información profesional como la empresa en la que trabaja el usuario o algunas actividades de este relacionadas con la relación laboral de la que es parte.

No nos ocuparemos aquí del uso puramente profesional de las redes sociales por entender que cuando su uso se inscribe dentro de la prestación debida por el trabajador cabe extender a estos supuestos consideraciones semejantes a las que se realizan acerca del uso de otros medios informáticos de la empresa¹⁷.

Menos transitado, aunque también profundamente problemático es dar respuesta a las derivadas laborales que pueden tener determinados usos de las redes sociales personales de los trabajadores. Volvemos aquí a toparnos con una muestra más, aunque bien significativa, de la eterna dificultad de deslindar con precisión el alcance de las fronteras que al poder empresarial incorpora el contrato de trabajo.

Con estas premisas presentes, la irrupción de las redes sociales ha traído al ámbito de las relaciones laborales problemas diversos que ya empiezan a asomar a los repertorios de doctrina judicial, aunque solo sea por el hecho de que las empresas encuentran en el almacén de las redes una fuente inagotable de documentos en los que fundamentar el ejercicio de sus poderes¹⁸. Claro que, en ocasiones, estas informaciones juegan en sentido contrario, por ejemplo, como mecanismos indiciarios para calificar la naturaleza laboral de la relación¹⁹ o para desvelar una cesión ilegal.

17 Vid. entre los trabajos más recientes el de TASCÓN LÓPEZ, R., «Tecnovigilancia empresarial y derechos de los trabajadores», RTSS, núm. 415, 2017, p. 53 y ss. Acerca del importantísimo cambio de tendencia que pueden suponer las decisiones del TEDH, vid. GALLARDO MOYA, R., «Un límite a los límites de la vida privada y de la correspondencia en los lugares de trabajo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 en el caso *Bărbulescu II c. Rumania*», *RDS*, núm. 79, 2017, p. 141 y ss.

18 No siempre con éxito: STSJ Cantabria 14-12-2015 (rec. 810/2015)

19 STSJ Madrid 29-9-2014 (rec. 483/2014) o para desmentirla: STSJ Madrid 5-2-2018 (rec. 1028/2017).

Los asuntos más frecuentes se relacionan con el ejercicio del poder disciplinario por parte del empresario, siendo las redes sociales las que dejan constancia del incumplimiento laboral. Así empieza a ser común encontrar sanciones a los trabajadores por las opiniones u ofensas vertidas en las redes sociales hacia la empresa o los compañeros²⁰ o, también en el terreno disciplinario, la sanción como consecuencia de que el material compartido o «colgado» es incompatible con la situación de IT que ha determinado la suspensión del contrato de trabajo²¹ o incumple la prohibición empresarial de publicar imágenes de pacientes²² o instalaciones²³. En otras ocasiones lo que las publicaciones sociales permiten corroborar es la realización de actividades que suponen competencia desleal²⁴.

Desde luego no son los únicos problemas, los propios trabajadores, en una situación a la inversa, pueden ser objeto de escarnio mediante el uso empresarial de las redes sociales²⁵. O, menos interesante a nuestros efectos porque remite al discurso general del uso de las NTIC de la empresa para fines privados, cuando a las redes sociales se accede durante la jornada y con el ordenador de la empresa²⁶.

Surge también en este ámbito la especial valoración que el uso por los trabajadores de las redes sociales puede tener en las empresas ideológicas o de tendencia, de modo que aquellas declaraciones realizadas en los perfiles personales de quienes ocupan posiciones no neutrales en la empresa y que incumplen el ideario de la organización pueden dar lugar a sanciones²⁷.

Como se puede comprobar se trata de incumplimiento «clásicos» que adquieren tintes de modernidad exclusivamente porque quedan desvelados a través de las redes sociales, las mismas que consiguen hacer transparente al trabajador.

20 A modo de simple muestra: STSJ Extremadura 23-3-2017 (rec. 66/2017); STSJ Andalucía (Sevilla) 23-3-2017 (rec. 1309/2016); STSJ Canarias (Las Palmas) 27-7-2016, (rec. 385/2016); STSJ Aragón 18-5-2016 (rec. 300/2016); STSJ Galicia 8-10-2014 (rec. 2941/2014).

21 Sin ningún ánimo exhaustivo: STSJ Galicia 12-6-2017 (rec. 1554/2017); STSJ Madrid 5-5-2017 (rec. 722/2016); STSJ Cantabria 10-11-2015 (rec. 765/2015); STSJ Andalucía (Sevilla) 29-10-2015 (rec. 2723/2014); STSJ Asturias 19-4-2013 (rec. 528/2013).

22 STSJ Madrid 27-11-2017 (rec. 558/2017).

23 STSJ Cataluña, de 13-1-2017 (rec. 6414/2016).

24 Entre otras: STSJ Cataluña 20-10-2017 (rec. 4831/2017); STSJ Galicia 25-4-2013 (rec. 5998/2012).

25 Así un supuesto en los que son la dignidad del trabajador y su libertad sindical los derechos comprometidos como consecuencia del uso de Facebook por los responsables de la empresa (STSJ Andalucía (Málaga) 5-4-2017 (rec. 278/2017).

26 Vid., por ejemplo, STSJ Extremadura 17-12-2014 (rec. 543/2014).

27 Es el caso del despido disciplinario, declarado procedente, de un trabajador, responsable de redes sociales y comunicación de un partido político que cuestiona el proceso de primarias de su organización en sus cuentas personales de Facebook y Twitter (STSJ Cataluña 6-7-2017, rec. 2871/2017).

La respuesta judicial a estos problemas no siempre asume esta dimensión de modernidad. Como ya tuvimos oportunidad de indicar²⁸, el acercamiento judicial a las redes sociales suele ser por lo general poco problemático y con tendencia a limitarse a subsumir en el incumplimiento previsto en el art. 54 ET la conducta social del trabajador, muchas veces, incluso, considerándolo más grave que de ordinario por quedar reflejado por escrito y llevarse a cabo mediante publicidad. Sin embargo, es un terreno lleno de incertidumbres en el que no cabe operar de forma clásica.

Se debe empezar por considerar que en principio la actividad en las redes sociales, salvo cuando forme parte del propio cometido profesional, es una actividad personal ajena por completo a la relación laboral. El mayor o menor acceso a los *posts* o el sentido de estos, por muy desafortunado que pueda llegar a ser, no convierte la actividad en las redes en una cuestión laboral, incluso aunque en los perfiles virtuales conste que el trabajador presta sus servicios para una determinada empresa. Ni aun así la actividad social se transmuta en laboral a efectos de que pueda en su conjunto ser valorada por la empresa para comprobar, por ejemplo, si su imagen ha quedado comprometida. Este proceder difuminaría las fronteras entre la actividad privada y la laboral del trabajador, provocando una restricción inadmisibles de sus derechos constitucionales²⁹. No pueden, por tanto, generar reacción laboral alguna los contenidos de las redes sociales que formen parte de la actividad privada o recreativa de los trabajadores, cualquiera que sea su nivel de difusión y salvo que sea indicativos de un incumplimiento laboral como sucede, con cierta frecuencia, en los despidos provocados por la realización de actividades incompatibles con la IT.

28 PÉREZ REY, J., «Facebook como causa de despido», *RTSS*, núm. 415, 2017, p. 185, donde vertimos algunas de las consideraciones que ahora utilizamos.

29 No se trata de supuestos de laboratorio. Se encuentran en la información general noticias sobre despidos producidos fuera de empresas ideológicas y en los que el supuesto incumplimiento laboral consiste en proferir opiniones desconectadas de la relación de trabajo y emitidas desde redes personales que, no obstante, informan sobre la empresa para la que el titular del perfil presta sus servicios. Así, por ejemplo, el despido de una trabajadora de una empresa de tasación como consecuencia de los insultos que profirió a una dirigente política (https://www.infolibre.es/noticias/politica/2017/09/05/despiden_internauta_que_deseo_las_redes_sociales_que_violen_grupo_arriadas_69216_1012.html). Por muchos reproches que tal conducta merezca no parece que el laboral pueda ser uno de ellos dada la absoluta desconexión del comportamiento del trabajador con el ámbito del contrato de trabajo.

En el mismo sentido las manifestaciones en redes que, con contenido laboral o no, formen parte de la libertad de expresión no pueden generar lógicamente consecuencia negativa alguna³⁰.

Tampoco puede ser irrelevante la configuración que el trabajador haya hecho de sus redes, de forma que si se trata de cuentas restringidas, el hecho de que las informaciones finalmente trasciendan no puede olvidar que lo hacen por cauces ajenos a la voluntad del trabajador. No es posible, a nuestro juicio, presumir la vocación pública de todo lo que se incorpora a los medios sociales y dar por hecho que los contenidos de trascendencia laboral son siempre públicos, aunque sobre ellos el trabajador hubiera operado con la diligencia a su alcance para limitar los destinatarios.

No siempre se opta por esta posición comedida en la doctrina judicial. Así, por ejemplo, no se otorga excesiva virtualidad al hecho de que la configuración de la red fuera privada (aunque incluyendo a algunas compañeras de trabajo) y el mensaje se extendiera por cauces ajenos a la voluntad del trabajador (pantallas difundidos por WhatsApp). Así la ya citada STSJ Aragón 18-5-2016 (rec. 300/2016)³¹ entiende que en estos supuestos no se produce por parte de la empresa una ilícita «interceptación de una comunicación por un tercero ajeno a los destinatarios, sino que los propios destinatarios de la comunicación la divulgaron a terceros, hasta que llegó a conocimiento de la supervisora de la actora. Y tampoco ha habido un conocimiento antijurídico de lo comunicado. La empresa no ha vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de la demandante porque no ha accedido a su cuenta privada de Facebook. El hecho de que inicialmente los destinatarios del mensaje fueran solo algunos amigos y conocidos de la demandante en modo alguno excluye que estos, como sucede habitualmente en las redes sociales, divulguen posteriormente esta información, que la empresa no conoce porque haya interceptado comunicaciones ajenas, ni porque haya accedido antijurídicamente a su contenido, sino porque la difusión de esta información por sus destinatarios llegó a la supervisora de la accionante. El envío de un mensaje impactante en una red social hace que frecuentemente los destinatarios a su vez lo divulguen. Cuando la demandante envió este mensaje en una red social a una pluralidad de destinatarios era previsible que estos a su vez lo divulgaran, como así hicieron, hasta que llegó a conocimiento de la empresa,

30 STSJ Andalucía (Sevilla) 14-12-2017 (rec. 3707/2016).

31 Vid. también esta indiferencia en STSJ Galicia 8-10-2014 (rec. 2941/2014), aunque en este caso parece que se produce una dificultad procesal para apreciar el carácter cerrado de la red en la que se profirieron descalificaciones contra la diócesis de Ourense.

que no ha vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de la accionante».

Tampoco, sigue advirtiendo esta decisión, «ha habido una intromisión empresarial en un área reservada a la trabajadora desde el momento en que ésta se dirigió a varios compañeros del trabajo y a otras personas, utilizando una conocida red social, para insultar a otros trabajadores de la empresa y desearles una grave enfermedad. El derecho a la intimidad, que garantiza un ámbito propio y reservado frente al conocimiento de los demás, no puede amparar la conducta de una trabajadora que insulta gravemente a otros trabajadores en una red social, a sabiendas de la difusión que habitualmente tienen estos comentarios en estas redes. La tesis contraria supondría la impunidad de los comentarios gravemente ofensivos para terceras personas, lo que redundaría en un grave perjuicio de su imagen y honorabilidad».

Como se puede comprobar para la sentencia es irrelevante que la trabajadora haya sido ajena a difusión posterior del mensaje algo que debería integrarse en el juicio de culpabilidad del despido. Y sobre todo da por hecho, algo en nuestra opinión discutible, que la incorporación, aunque sea de forma privada, de un contenido a las redes sociales debe implícitamente considerarse público dada la multiplicidad de formas por las que puede acabar trascendiendo más allá del círculo de destinatarios inicial. Se trata, no se puede negar, de una conclusión bastante próxima a la realidad, pero no es más que una consecuencia práctica que en la mayoría de las ocasiones escapa a la voluntad del trabajador por lo que debería valorarse a la hora de calificar la actuación disciplinaria de la empresa. No es posible, a nuestro entender, considerar del todo irrelevantes las restricciones que acompañaron a la publicación inicial.

Además, como ya advertimos, no es tampoco infrecuente que la doctrina judicial agrave las consecuencias derivadas de la infracción que plasman las redes sociales por entender que se produce con publicidad³², especialmente cuando se trata de ofensas.

Nosotros creemos que este automatismo es rechazable y que este tipo de despidos derivados de opiniones o informaciones con trascendencia laboral incorporadas a las redes sociales deben prestar especial atención al juicio de culpabilidad. Si el trabajador tomó las medidas al alcance de un usuario medio para limitar los destinatarios de sus publicaciones, no es posible entender que la difusión poste-

32 Vgr. STSJ Andalucía (Sevilla) 8-6-2017 (rec. 2275/2016).

rior de sus mensajes, incluso sin violar los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones, pueda dar lugar a reproches una vez que se trata de opiniones vertidas en un ámbito privado y que no quisieron hacerse públicas.

El ejercicio de la potestad disciplinaria empresarial derivada de la actuación virtual de los trabajadores encuentra además algunos otros inconvenientes cuando lo incorporado a las redes puede considerarse una manifestación de la libertad sindical. Este es otro de los ámbitos que las redes sociales obligan a reconsiderar.

IV. La actividad sindical a través de las redes sociales

Como anticipamos, naturalmente también la libertad sindical encuentra en las redes sociales³³ un canal de expresión que, en muchas ocasiones, dota de especial eficacia la defensa de los derechos de los trabajadores al inscribirse en el ámbito, especialmente delicado en los tiempos actuales, de la reputación de la empresa.

Aunque parece claro, no es ocioso advertir que a la canalización de la actividad sindical por los espacios virtuales le acompaña del arsenal protector que la LOLS concibe, impidiendo, por tanto, que la actividad sindical en las redes pueda ser objeto de restricciones o limitaciones. En breve: la actividad sindical virtual es actividad sindical³⁴.

Sin embargo, también aquí el alcance público de lo que se difunde a través de las redes sociales, a veces de titularidad sindical, hace que la protección del derecho de libertad sindical en ocasiones ceda ante lo que se consideran extralimitaciones³⁵.

Así, por ejemplo, sucede con el despido, calificado como procedente, de una trabajadora de una residencia de la tercera edad que realiza una serie de comentarios, de indudable gravedad, en el muro que, con acceso público, mantiene en Facebook el sindicato al que pertenece³⁶.

33 Vid. al respecto CARDONA RUBERT, M. B. y CORDERO GORDILLO, V., «Redes sociales y derechos colectivos», *Revista Direito e Desenvolvimento*, v. 6, núm. 11, 2015, p. 133-149.

34 Y decisiva nos atrevemos a añadir desde una consideración estratégica, vid., con relación a CCOO, PABLO, E., y LÓRIZ, M., *Las redes sociales y CCOO. Manual de uso y estilos*, Confederación Sindical de CCOO, disponible en www.ccoo.es/5e631f68b4357d24026872f11e6fb06c000001.pdf

35 No siempre desde luego: STSJ Andalucía (Málaga) 17-1-2018 (rec. 1939/2017).

36 Se trata del supuesto de la STSJ Catalunya 30-1-2017 (rec. 6712/2016), cuyo comentario nos detuvo en el ya citado PÉREZ REY, J., «Facebook como causa...», *op. cit.*

O el supuesto de la trabajadora, secretaria de un sindicato con presencia en el comité de empresa que, ante una situación de impagos y problemas económicos de la empleadora, vierte en Facebook tajantes opiniones contra la gerencia que se consideran no amparadas por la libertad de expresión, ni tampoco por la libertad sindical³⁷.

Más allá de los supuestos concretos, merece la pena recordar la protección incrementada que en estos casos debe dispensar la circunstancia de que la actividad llevada a cabo en las redes se haga en el marco de páginas de organizaciones sindicales o responda a finalidades sindicales. Ello implica que tales conductas pueden ligarse al ejercicio de la libertad sindical, cuya protección deberá ser tenida en cuenta y podrá justificar, sobre todo en circunstancias conflictivas, determinadas actitudes y comportamientos que no encontrarían justificación en otro contexto. Incorporar restricciones adicionales a la libertad sindical por el mero hecho de que esta tome como vehículo de sus acciones las redes sociales, no cabe en un precepto finalista como el art. 28.1 CE. Sin duda, nuestra forma de concebir lo que es actividad sindical permite asumir con naturalidad un escenario en el que las taquillas, los pasillos, la cafetería o el restaurante han sido desplazados por las redes como espacio de discusión de los problemas laborales de los trabajadores. Las muestras de esta tendencia irreversible son tantas que nos eximen de relacionarlas, pero, por su actualidad y significación, retenga el lector el reciente conflicto laboral que se ha producido en la sucursal española de Amazon en el que, con diversas técnicas (hashtag, perfiles específicos, streaming...), las redes han alcanzado un protagonismo decisivo.

También aquí puede tener cierto interés acudir a los desarrollos que se vienen produciendo en otros países. Una vez más la experiencia de los EE. UU. ofrece algunas muestras interesantes de los efectos laborales de las redes sociales, esta vez con ocasión de la protección actividades sociales relacionadas con las relaciones de trabajo³⁸.

La *National Labor Relations Board* (NLRB) ha interpretado que determinada actividad de los trabajadores en las redes sociales queda protegida bajo la Sección 7 de la *National Labor Relations Act* (NLRA)³⁹. En esta dirección la NLRB ha

37 STSJ Murcia, 26-4-2017, rec. 1240/2016.

38 LOWENSTEIN, H. y SOLOMON, N., «Social Media Employment Policy and the NLRB: Uniform State Laws as a solution?», *Southern Law Journal*, Vol. 25, 2015, p. 139-159.

39 Que recuerdese establece los derechos de los trabajadores a la «*self-organization, to form, join, or assist labor organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in other concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection [...]*».

intervenido con el objetivo de garantizar los derechos de los trabajadores, tanto sindicalizados como no, a intervenir en las redes sociales y participar a través de ellas en *concerted activities* relativas a los términos y condiciones de empleo.

Las decisiones de la NLRB a este respecto pueden dividirse en dos categorías⁴⁰, de un lado aquellas relacionadas con el ejercicio del poder disciplinario por parte de las empresas como consecuencia de los comentarios realizados por los trabajadores en las redes relativos a sus condiciones de trabajo, y, de otro, aquellas que valoran las políticas empresariales sobre el uso de las redes sociales, dirigidas a limitar las posibilidades de los trabajadores de discutir *online* sobre su empleo. En este segundo caso no es necesario que se hayan llevado a cabo actuaciones disciplinarias basadas en los códigos de conducta, sino que es posible discutir las propias políticas empresariales en la medida en que puedan desincentivar el derecho de los trabajadores a realizar actividades protegidas.

La NLRB, que se ha enfrentado en diversas ocasiones al uso laboral de los *social media*, parte de la premisa de que la NLRA protege los derechos de los trabajadores a actuar conjuntamente, a través o no del sindicato, para abordar las condiciones de trabajo. Protección que se extiende a ciertas conversaciones relacionadas con el trabajo realizadas en las redes sociales, como por ejemplo Facebook y Twitter y que no necesariamente alcanza a los comentarios de un empleado en las redes sociales si se trata de meras quejas no realizadas en el marco de una acción colectiva. Además, por último, LA NLRB ha entendido que las políticas de los empleadores sobre el uso de las redes sociales no deberían ser tan amplias como para prohibir los tipos de actividades protegidas por la legislación laboral federal, como la discusión de los salarios o las condiciones de trabajo entre los empleados.

Naturalmente esto dista de constituir un debate acabado, pero permite trasladar las «actividades protegidas» de las taquillas a las redes sociales, configurando estas como un espacio natural de la acción colectiva. Ningún obstáculo ofrece nuestro ordenamiento para este tránsito, siempre que la mutación de escenario no de lugar a obtusas interpretaciones restrictivas que miran de soslayo a la imagen corporativa de las empresas.

La estación final en este recorrido por algunas de las derivadas laborales de las redes sociales nos lleva quizá al ámbito más delicado y relevante, el del proceso.

40 STIEGLER, C. J., «Developments in Employment Law and Social Media», *The Business Lawyer*, Tomo 71, núm. 1, 2015/2016, p. 321-332.

V. Las redes sociales en el proceso laboral

Se parte de la base de que entre las amplias posibilidades probatorias que permite el art. 90.1 LRJS se incorporan los contenidos de las redes sociales cuando, claro está, no se ha accedido a ellos ilegítimamente. Y no hay acceso discutible cuando se trata de publicaciones sin restricciones de acceso o públicas o cuando llegan al empresario porque el trabajador requirió a este para que integrara su círculo de «amigos». Así, por ejemplo, es válido el acceso a fotografías que se incorporan a Facebook sin «reserva de intimidad», reserva que no se produce cuando «no sólo por el lugar en el que se hicieron las fotos, con un gran protagonismo del actor y amigos, casi consustancial a su juventud, como por la eventualidad de su proyección pública a través del facebook de aquellos, se debe presumir admitida, además, cuando tampoco existió reparo en tomar tales fotos en lugares públicos»⁴¹

Ahora bien en caso de acceso ilegítimo a las publicaciones de Facebook, estas no podrán tenerse en cuenta como sucede, por ejemplo, cuando a ellas se llega tras un registro del ordenador de la trabajadora que no obedece a «la realización de labores de reparación del sistema informático ni en el control y eliminación del virus, sino que se entra del ordenador para examinar archivos cuyo control no puede considerarse que fuera necesario para realizar la reparación interesada (fotografías personales, descargas de internet, rastros de navegación y dispositivos ajenos a la empresa). De esta forma, no cabe entender que estemos ante un hallazgo casual, pues, se ha ido más allá de lo que la entrada regular para la reparación justificaba. Por ello, la medida adoptada por la empresa sin previa advertencia sobre el uso y el control del ordenador, supone una lesión a la intimidad de la trabajadora despedida, pues el hallazgo de los archivos personales (fotografías, descargas de internet, rastros de navegación y dispositivos ajenos a la empresa), no puede reputarse como prueba lícita por lo que [...] no se pueden tener en cuenta, a efectos disciplinarios, los mensajes emitidos por la actora en la red social Facebook a través del ordenador de su puesto de trabajo»⁴².

Incluso cabría advertir, a nuestro juicio, que aun cuando el registro del ordenador estuviera justificado, no parece posible valerse de él para entrar en los perfiles personales del trabajador (usando las contraseñas que han quedado almacenadas en la computadora o mediante otros medios). Los perfiles, cuando son privados, deben considerarse impenetrables para el empresario y, por tanto, ilícitas las pruebas obtenidas rompiendo esa privacidad.

41 STSJ Cantabria 10-11-2015 (rec. 765/2015).

42 STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 6-7-2017 (rec. 12/2017).

Sin embargo, como bien observa la doctrina, cuando se hace uso de contenido procedente de las redes sociales en el proceso el problema no es solo si su obtención ha sido lícita, sino también si esos contenidos son reflejo exacto de la realidad que se pretende acreditar⁴³. Y esta es seguramente la mayor dificultad que encuentran los contenidos que se insertan en los espacios virtuales, pues «no existe ninguna garantía de su fiabilidad, pudiendo desde reflejar meras ficciones o inventivas del usuario, hasta incluir información real, pero no reciente, que produzca el efecto de distorsionar negativamente la imagen del trabajador frente a su empresa, generando confusión»⁴⁴. Ni siquiera, la autoría de las publicaciones resulta pacífica, pues puede tratarse perfiles falsos o colonizados por personas no autorizadas.

Sin embargo, también aquí la doctrina judicial que va poco a poco surgiendo no se muestra tampoco en exceso problemática y suele dar por hecho tanto la autoría como la veracidad de los contenidos, aunque muchas veces junto con los datos sociales hay otras evidencias más tradicionales y en otros casos las partes perjudicadas por la información virtual no la ponen en entredicho, lo que podría explicar esta deriva.

Esta falta de fiabilidad no se supera tampoco con la práctica habitual de aportar actas notariales que dan cuenta de la presencia en un momento concreto de determinada información en la red. Con ello se garantiza que la desaparición posterior de esos contenidos por decisión del titular del perfil no impedirá su incorporación al proceso, pero naturalmente la intervención del fedatario público no garantiza ni la autoría ni la veracidad de los contenidos de los «muros»⁴⁵.

VI. Conclusiones

La popularización de las redes sociales ha dado lugar en el ámbito de las relaciones de trabajo a una suerte de trabajador transparente cuya intimidad es fácilmente eludible tanto por medios lícitos como por otros que no lo son, pero que no resultan sencillos de detectar. En cualquier caso, el trabajador no puede verse forzado a permitir al empresario el acceso a sus redes personales.

43 SELMA PENALVA, A., «La información reflejada...», *op. cit.*, p. 367-368.

44 SELMA PENALVA, A., «La información reflejada...», *op. cit.*, p. 371.

45 NORES TORRES, L. E., «Algunos puntos críticos...», *op. cit.*, p. 48.

La exposición en los *social media* permite a las empresas usar los perfiles de los trabajadores para todo tipo de prácticas, desde la contratación al despido, no obstante es preciso, a falta de legislación específica, no caer en automatismos excesivos. Las redes imponen pautas de conducta a las que debe adaptarse la interpretación jurídica. Tampoco se puede perder de vista, en la valoración de los actos con trascendencia laboral exhibidos en las redes, las dificultades de configuración de los perfiles y el hecho de que en número importante de ocasiones el trabajador no es consciente del círculo de receptores de sus publicaciones y, por tanto, el juicio de culpabilidad debe tener presente estos factores. Tampoco se puede prescindir de los condicionantes que al tratamiento de las informaciones procedentes de las redes imponen las normas sobre protección de datos.

La propia actividad sindical está llamada a tener cada vez más protagonismo en las redes sociales y es necesario que ello no implique una limitación de las facultades que derivan del art. 28.1 CE sobre la base de consideraciones relacionadas con la imagen de las empresas. De hecho, en algunos modelos comparados se observan mecanismos especiales, aunque incipientes, de protección de las acciones colectivas de los trabajadores que se manifiestan a través de las redes sociales.

Por último, no son menores los problemas que las redes sociales suscitan en el marco del proceso y especialmente en materia probatoria. Se parte de la posibilidad de recurrir a los contenidos sociales siempre que a ellos no se haya llegado de forma ilícita. A partir de ahí las dificultades se concentran en determinar si lo que surge de los perfiles puede ser una prueba fiable y aquí las dificultades son inmensas y van desde la determinación de la autoría hasta la veracidad de los contenidos que son, por otro lado, volátiles.

ESTUDIO SOBRE EL INCREMENTO AL SALARIO MÍNIMO EN LA FRONTERA NORTE DE MÉXICO

ROBERTO FRANCISCO GERHARD TUMA

JAVIER ADRIÁN GUÍZAR MONTERO

ROSLYN JIMÉNEZ CORDERO

RAÚL ARANA DE LA ROSA

AMAYA MARÍA GUTIÉRREZ CAÑAL*

*Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS), Dirección
General de Investigación y Estadísticas del Trabajo
javier.guizar@stps.gob.mx, roberto.gerhard@stps.gob.mx*

RESUMEN: El 1 de enero de 2019, el gobierno federal de México aumentó el salario mínimo en todo el país con una diferencia: 100% de incremento en la Zona Libre de la Frontera Norte (ZLFN) y 16% en el resto del país. Este trabajo estima el efecto que tuvo el aumento sobre el nivel de empleo en la ZLFN utilizando una metodología de diferencias en diferencias. Se realizaron dos estimaciones con fuentes de información complementarias: registros administrativos del IMSS y la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo. En ambos casos los resultados muestran que el incremento no tuvo efectos estadísticamente significativos sobre el nivel de empleo, pero sí sobre los ingresos de los trabajadores.

ABSTRACT: On January 1st 2019, Mexican government raised the minimum wage in the country with a stark difference: Doubling it along Mexico's northern border "free zone" and increasing it by 16 percent in the rest of the country. This paper presents evidence on the effects of the first. Using difference-in-differences, the analysis rests on two different yet complementary sources. In both cases results show no statistically significant effects on employment, followed by an increase of the income of workers earning up to three minimum wages.

PALABRAS CLAVE: Salario mínimo, Zona Libre de la Frontera Norte, política pública, diferencias en diferencias, México

KEYWORDS: Minimum wage, Northern border of Mexico, public policy, difference-in-differences

* Las opiniones aquí vertidas son responsabilidad exclusiva de los autores y no representan la visión institucional de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social.

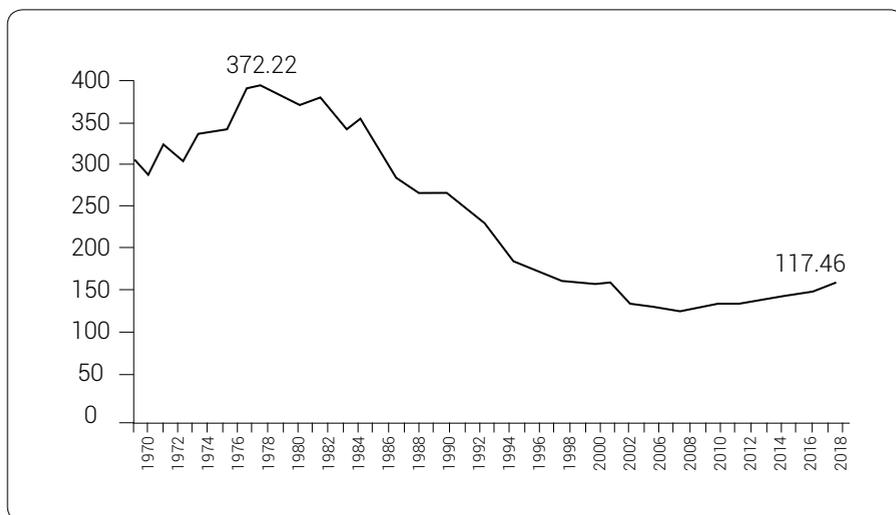
SUMARIO: I. Introducción. 1. *Revisión de la literatura.* II. Fuentes de información y estadística descriptiva. 1. *Fuentes de información.* 2. *Estadística descriptiva.* 3. *Variables dependientes e independientes.* III. Análisis. IV. Resultados. 1. *IMSS.* 2. *ENOE.* V. Conclusiones y recomendaciones de política pública. VI. Referencias.

I. Introducción

La Organización Internacional del Trabajo ha enfatizado la relevancia que cobra la implementación de una política de salario mínimo, bien diseñada, como instrumento para reducir la desigualdad y promover el trabajo decente (OIT, 2016). No obstante, la realidad es que en México el poder adquisitivo del salario mínimo se ha deteriorado significativamente; este fenómeno se ha documentado por múltiples autores (véase, por ejemplo, Moreno-Brid, Garry y Monroy-Gómez-Franco, 2014; Bosch y Manacorda, 2010 y Vargas-Hernandez, Casas-Cardenaz y Almanza, 2019). En el periodo que comprende los últimos cuarenta años, el valor real del salario mínimo diario alcanzó su máximo histórico en 1976, llegando a los 372 pesos a precios de 2012, como muestra la gráfica 1.

278

Gráfica 1. México: Valor real del salario mínimo diario, 1970-2018



Fuente: Elaboración propia con datos de El Banco de México (Banxico).

Nota: precios de 2012.

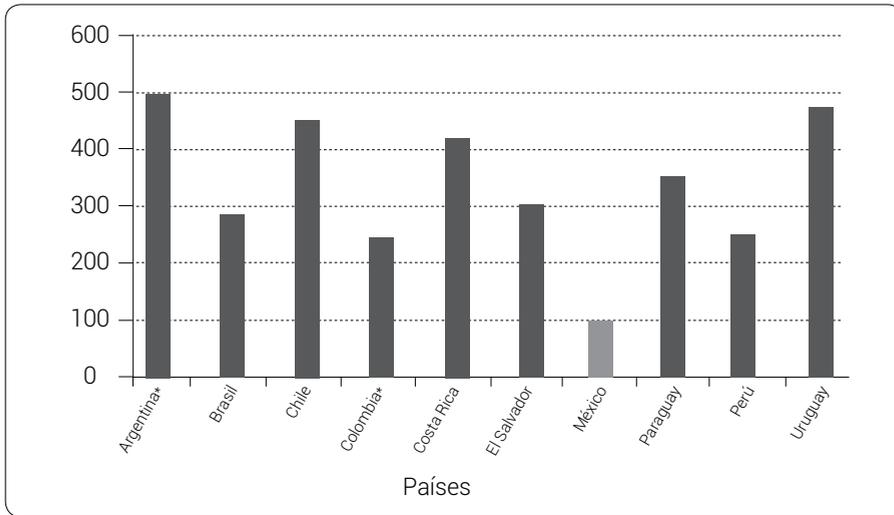
Desde la segunda mitad de los años setenta, la pérdida de valor del salario mínimo fue pronunciada, permaneciendo en la tercera parte de su poder adquisitivo por más de veinte años. Ello ha implicado que el nivel de ingresos asociado a dicho salario, uno de los más bajos en la región latinoamericana (gráfica 2), no constituya un instrumento efectivo para salir de la pobreza (Vargas-Hernández *et al.*, 2018) y haya contribuido a incrementar la brecha de desigualdad en México (Moreno-Brid, Garry y Krozer, 2016). Una de las reservas para aumentar el salario mínimo deriva de la teoría económica clásica, que asocia el incremento del precio de un factor con la disminución de su demanda. En el caso del salario mínimo, su incremento debería disminuir los niveles de empleo, manteniendo todo lo demás constante.

Recientemente, México vivió una elección presidencial con una tasa de participación históricamente elevada, cuyo resultado llevó por primera vez al gobierno a un Presidente de izquierda. Así, el 1 de diciembre de 2018 el Lic. Andrés Manuel López Obrador, tomó protesta como Presidente de México, y el 17 del mismo mes anunció la aprobación por unanimidad de aumentar el salario mínimo por parte de en la Comisión Nacional de Salarios Mínimos (CONASAMI)¹. El incremento quedó establecido en el Diario Oficial de la Federación (DOF, 26 de diciembre de 2018) y fue efectivo a partir del 1 de enero de 2019. De esta manera, se decretó un alza del salario mínimo a nivel nacional que pasó de 88.36 (US \$4.54) a 102.68 pesos (US \$5.28), y un aumento al doble en la ZLFN con Estados Unidos de América (EUA), llegando a los 176.72 pesos mexicanos (US \$9.09)². La medida vino acompañada de una reducción del Impuesto al Valor Agregado así como del Impuesto Sobre la Renta (CONASAMI, 2019). El aumento diferenciado en ambas regiones representa una oportunidad para evaluar los efectos de políticas destinadas a mejorar el poder adquisitivo de los trabajadores formales más vulnerables en la economía.

1 <https://www.gob.mx/presidencia/prensa/con-el-aumento-del-16-al-salario-minimo-iniciamos-juntos-una-nueva-etapa-en-la-politica-salarial-de-mexico-presidente-lopez-obrador?idiom=es>. Consultado el 18 de octubre de 2019.

2 La Zona Libre de la Frontera Norte comprende 43 municipios ubicados con un máximo de distancia de 25 kilómetros de la línea fronteriza con EUA.

Gráfica 2. Salarios mínimos mensuales en México y otros países de Latinoamérica, 2018



*Datos para 2017.

Fuente: Cálculos propios con información de la Organización Internacional del Trabajo.³

El objetivo del presente estudio es identificar si la política implementada tuvo algún impacto negativo sobre el empleo en la ZLFN. La hipótesis es que, si el aumento del salario mínimo no afecta los niveles de empleo, se puede considerar esta vía como una posibilidad para mejorar la calidad de vida de aquellos empleados con menores ingresos.

En México, dos instituciones gubernamentales diferentes, CONASAMI y el Banco de México, estudiaron el fenómeno y llegaron a conclusiones opuestas. Este trabajo refuerza la evidencia presentada por CONASAMI respecto a la ausencia de un efecto negativo sobre el nivel de empleo (CONASAMI, *op. cit.*, 2019).

El estudio hace uso de la contigüidad entre municipios pertenecientes a la ZLFN y aquellos que le son adyacentes, tomando en cuenta que comparten características culturales y tienen un entorno similar. Además, su cercanía geográfica los hace susceptibles a reaccionar de forma parecida frente a impactos externos. Por medio de dos análisis complementarios, el trabajo estima las consecuencias sobre el nivel de empleo derivadas del incremento al salario, contrastando el comportamiento que tuvo lugar, durante el mismo periodo, entre los municipios de la frontera y los colindantes. Se busca que las dos perspectivas desde las que este

trabajo evalúa el incremento brinden un panorama comprehensivo del efecto de esta medida sobre el mercado laboral.

El trabajo se fundamenta empíricamente en dos levantamientos de información: el primero generado por el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), entre los años 2013 y 2019; y el segundo la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE) del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI)³ para el primer trimestre de los años 2011 a 2019. Se decidió incluir dichos años por dos motivos: 1) en México cada vez que comienza una nueva administración federal se observa una desaceleración en la creación de empleo, fenómeno que ocurrió en el periodo de 2011 a 2012 y de 2018 a 2019. 2) Para asegurar el mayor parecido en las tendencias a través del tiempo y capturar sucesos cíclicos o estacionales de las variables relevantes.

Los resultados son consistentes en ambas fuentes de información: tanto con los datos del IMSS como con los de la ENOE no se identificó que el aumento del salario mínimo hubiera generado desempleo. Asimismo, se identificó que jóvenes entre 18 y 29 años, trabajadores sin escolaridad y mujeres fueron los grupos que más se beneficiaron por esta política pues aumentó su ingreso laboral.

1. Revisión de la literatura

La importancia que ocupa el salario mínimo en el debate en materia laboral lo coloca como uno de los temas de mayor relevancia en la determinación de políticas públicas. En Estados Unidos -país que ha estudiado con más profundidad las implicaciones de incrementar el salario mínimo- la controversia ha renacido en las últimas décadas.

El trabajo seminal de Card y Krueger (1993) fue el primero en encontrar evidencia de incrementos en el salario mínimo que no generaron desempleo. Los autores aprovecharon que dos estados vecinos dentro de Estados Unidos adoptaron medidas que se prestaron para su comparación: Nueva Jersey aumentó el salario mínimo, mientras que Pensilvania lo mantuvo sin cambios. Esta brecha salarial permitió estudiar y analizar el comportamiento de los mercados de trabajo en el sector de comida rápida en ambas entidades (típicamente constituidos por

3 El INEGI es un organismo público descentralizado encargado de los levantamientos públicos de información más representativos en México. La ENOE reemplaza cada trimestre el 20% de las observaciones que han sido seguidas por cinco trimestres consecutivos.

trabajadores con salarios bajos). A través del uso de la metodología de diferencias en diferencias, los autores compararon los cambios en los niveles de empleo antes y después de implementar la política⁴. El principal resultado fue la ausencia de efectos estadísticamente significativos sobre el desempleo, e incluso una ligera mejoría del empleo en la región beneficiada por salarios más altos.

La validez de estos hallazgos fue cuestionada por Neumark y Wascher (2000). Dichos autores sí encontraron efectos negativos, y atribuyeron las discrepancias a la forma en que se generó la base de datos. Ello derivó en una contrarréplica de Card y Krueger (2000); en donde -utilizando una fuente más confiable de información proveniente de la Agencia de Estadísticas del Trabajo (BLS por sus siglas en inglés)- encuentran nuevamente “un crecimiento del empleo ligeramente superior en los condados contiguos de Nueva Jersey frente a los de Pensilvania en el periodo de tiempo examinado, aunque en la mayoría de las especificaciones el diferencial es pequeño y estadísticamente no significativo” (p. 1397, traducción propia). Otra crítica al estudio de Card y Krueger fue que las tendencias de ambos estados antes de la implementación del salario mínimo eran distintas; por lo que los efectos podrían estar sesgados.⁵

Continuando con la controversia, Neumark y Wascher (2007) utilizaron información de datos panel desde 1997 hasta 2005, los autores construyeron especificaciones econométricas que incorporan efectos fijos por Estado y mes; así como tendencias en el tiempo específicas a cada Estado. Los efectos más importantes fueron negativos y se concentraron para los jóvenes de 16 a 19 años, aunque no fueron estadísticamente significativos al controlar por las tendencias. Dentro de este conjunto de población, se identificaron efectos significativos y negativos para jóvenes entre 16 y 24 años pertenecientes a minorías hispanas o afroamericanas. También se encontraron efectos negativos para mujeres entre 20 y 24 años que desertaron de la preparatoria.

4 El método de diferencias en diferencias compara los cambios experimentados por un grupo tratado (antes y después de una intervención, en este caso de política pública) con los cambios que sufrió en ese mismo periodo un grupo de comparación. Se espera que, si es creíble que las tendencias entre ambos grupos son comparables en ausencia del programa, la *diferencia de las diferencias* observada tras la intervención refleje el impacto de la política pública.

5 Dube, Naidu y Reich (2007) compararon restaurantes en San Francisco y la Bahía del Este de Estados Unidos antes y después de la implementación de un salario mínimo incrementado en 2004. Los autores no encontraron efectos significativos sobre los empleos ni sobre las horas laboradas. Adicionalmente, estudios de los efectos de un incremento en el salario mínimo en Illinois de la industria de comida rápida (Powers, 2010; Persky y Baiman, 2010) también utilizaron el enfoque de diferencias en diferencias, encontrando evidencia limitada de efectos adversos sobre el empleo, aunque ninguna evidencia de efectos positivos.

Continuando con su línea de investigación, estos autores analizaron y sintetizaron resultados de más de 90 estudios sobre los efectos en el empleo atribuibles a cambios en el salario mínimo (Neumark y Wascher, 2008), incluyendo países como Estados Unidos, otras naciones desarrolladas, América Latina e Indonesia. Derivado de este estudio, los autores concluyeron que, en general, aumentos al salario mínimo reducen el empleo para los trabajadores menos calificados. Las réplicas a este trabajo por parte de otros autores acusaron sesgos en el cálculo de los errores estándar y llevaron a proponer correcciones por variables omitidas (Dube *et al.*, 2010); así como incorporar controles por tendencias específicas de las ciudades, e incluso recurrir al control sintético (Neumark, Salas y Wascher, 2014).

Los trabajos más recientes que han salvado las críticas de presencia de heterogeneidad variable en el tiempo encuentran poca evidencia de efectos adversos sobre el empleo (Allegretto, Dube y Reich, 2011; Allegretto *et al.*, 2017). Adicionalmente, los estudios de caso que utilizan metodologías robustas de estimación han tendido a hallar pocos o nulos efectos del salario mínimo sobre empleo (Dube, 2013). Los críticos han destacado la importancia de examinar la sensibilidad de los resultados ante tendencias no mesurables entre entidades de tratamiento y control.⁶

Por lo que respecta a México, algunos investigadores han explorado el efecto del aumento al salario mínimo en distintos momentos en el tiempo. En general, los estudios revisados identificaron que el salario mínimo llegó a tener un “efecto faro”⁷. Por otro lado, la caída en el valor real del salario mínimo se asoció con un aumento de la desigualdad; por último, en un estudio de proyecciones simuladas se identificó que un aumento del salario mínimo no aumentaría el desempleo y ayudaría a reducir la pobreza laboral. Kaplan y Pérez Arce (2006) estudiaron el efecto de cambios en el salario mínimo real sobre el ingreso de los trabajadores. Los autores encontraron la existencia del llamado “efecto faro”, que podría traer efectos inflacionarios, así como elevar los precios de los bienes y servicios indizados al salario mínimo. No obstante, sus resultados también arrojaron que el efecto faro disminuyó en el periodo comprendido entre 1994 y 2001; en comparación

6 El debate en la literatura nunca se ha dado por concluido: se argumenta que las técnicas usuales de datos panel para controlar por efectos entre región geográfica y año e identificar efectos de salario mínimo a partir de la variación al interior de cada Estado podría estar sesgada, debido a tendencias de empleo—específicas a los estados—no observadas (Addison, Blackburn y Corti, 2009; Dube, Lester y Reich, 2010).

7 El efecto faro hace alusión al grado en que incrementos al salario mínimo aumentan los ingresos de trabajadores en otros niveles de salario en la economía.

con el periodo de 1985 a 1993. De acuerdo con los autores, los trabajadores más afectados por el incremento fueron los de salarios más cercanos al mínimo.

Bosch y Manacorda (2010) estudiaron el efecto de la caída en valor real del salario mínimo entre finales de los ochenta y principios del siglo XXI. Utilizando datos de los municipios de México, los autores encontraron que esta caída está asociada con el crecimiento de la desigualdad en la parte baja de la distribución de ingresos en la economía mexicana.

Campos (2015) estimó un escenario del posible impacto que tendría un incremento del 51% en el salario mínimo para México. El autor calculó que dicho incremento tendría un aumento de 3% en precios, mejoraría los ingresos reales de los trabajadores en 8% y disminuiría la pobreza laboral en 4%. Por su parte, Campos, Esquivel y Santillán (2017) estudiaron incrementos al salario mínimo de entre 1.6% y 3.3%, y no encontraron impactos en términos de empleo, pero sí un incremento en la probabilidad de pasar a ser un trabajador formal en la economía. A pesar de los resultados positivos, los autores recomendaron no extrapolar sus hallazgos a contextos donde el aumento sea mayor, ni a países donde el salario mínimo sea más alto. Vargas-Hernández, Casas y Almanza (2019), a su vez, evidencian la caída en poder adquisitivo del salario mínimo en México hasta el año 2018, y propusieron un plan sexenal de restitución de su poder adquisitivo.

El estudio más reciente en torno al salario mínimo en México es el presentado por la CONASAMI (2019). En él, se da cuenta que el incremento salarial en la Zona Libre de la Frontera Norte “no tuvo ningún efecto en el empleo registrado ante el IMSS” (p. 2). A su vez, El Banco de México (2019) presentó en su informe trimestral la evolución del empleo formal en México (pp. 28-32), asociando el incremento salarial con la caída de dicho empleo en la ZLFN. Aunque la metodología de estimación seguida por CONASAMI es más robusta que la de Banxico en la estimación del efecto, la revisión de la literatura revela que el debate sobre aumento del salario mínimo sigue vigente y los estudios realizados no son concluyentes. Los estudios que se han realizado en México han servido de insumos técnicos para fundamentar las decisiones recientes de aumentar el salario mínimo, por lo que la sección a continuación describe la forma de aportar a la evaluación de la intervención del último año.

II. Fuentes de información y estadística descriptiva

1. Fuentes de información

La información aquí analizada proviene de dos fuentes distintas de información que se utilizan de manera complementaria. La primera corresponde a la base de datos de los registros administrativos del IMSS sobre los trabajadores, con información agregada por municipio y mes. También contiene información sobre género, rango de edad y sector de actividad económica. Esta base se conforma de observaciones a lo largo de varios meses. Sin embargo, hay algunos periodos en los que no hay registros lo cual provoca que se reduzca el tamaño de muestra.

La información que ofrece el IMSS permite tener una concepción amplia del efecto que tuvo la medida de incrementar el salario, pues está disponible para todos los municipios. Pese a la vastedad de la información, ésta se ve limitada por la falta de controles sociodemográficos como escolaridad, número de hijos y estado conyugal, por mencionar algunos.⁸ Por ello, estos datos no permiten un análisis preciso del valor real del impacto, ya que cualquier grupo de contraste que se elija necesariamente lo hará sobre la base de una cantidad muy limitada de información proveniente de variables de control.

Para subsanar estas carencias, el estudio recurre a los datos de la ENOE. Esta segunda fuente se constituye como una encuesta tipo panel rotativo, levantada cada trimestre por el INEGI. La limitación de la ENOE es que no permite comparar todos los municipios. Por lo tanto, se eligió la única ciudad de la ZLFN auto representada desde 2011 (Tijuana, Baja California), y se asoció con la ciudad más parecida que no perteneciera a dicha zona⁹. La estimación del efecto así obtenido presenta mayor validez interna gracias a una mayor cantidad de controles sociodemográficos. Con los resultados provenientes de ambas fuentes—el primero con mayor validez externa y el segundo con mayor validez interna—se busca una mejor aproximación al impacto de esta medida.

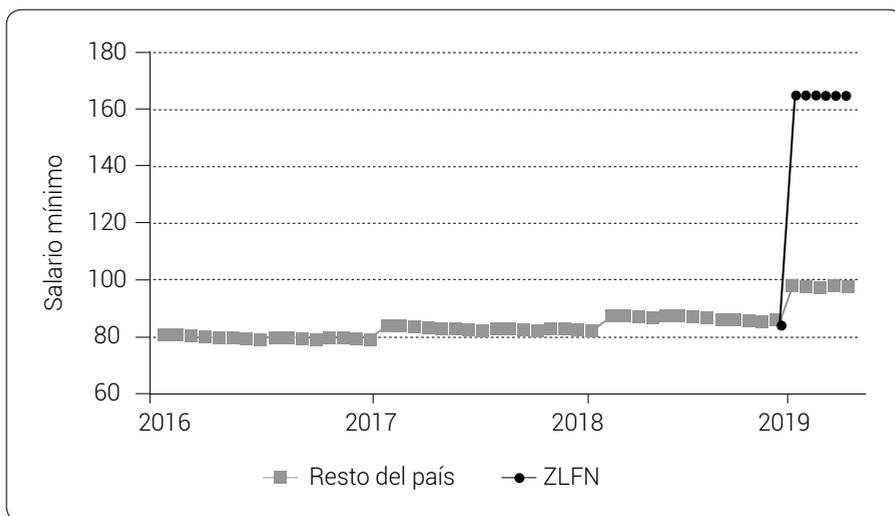
8 Los controles sociodemográficos que se incluyeron en el análisis de los datos del IMSS provienen de la Encuesta Intercensal que fue presentada en 2015. Son controles imperfectos que no varían en el tiempo, pero brindan información general sobre la variación que existe entre los municipios para caracterizarlos.

9 En la sección de análisis se describe el proceso por el que se identificó a la ciudad para comparar con Tijuana, a partir de una serie de variables relevantes. De todas las ciudades auto representadas en la ENOE, resultó la elección de la ciudad de La Paz, Baja California Sur.

2. Estadística descriptiva

Aunque el salario mínimo en México comenzó a tener alzas históricamente significativas a partir de 2015, el incremento que se estudia en este trabajo es el más importante en términos reales. La gráfica 3 muestra el cambio real en el salario mínimo entre 2016 y 2019. En ella, se aprecia que el salto cuantitativo del salario es evidente a partir de enero del último año.

Gráfica 3. Valor real del salario mínimo diario, 2016-2019.

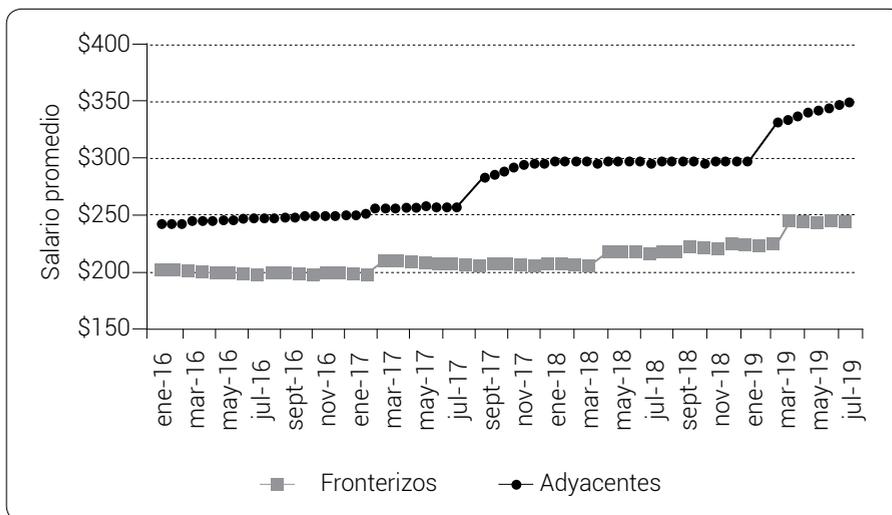


Fuente: Cálculos propios con información de la CONASAMI.

Nota: Precios de 2018.

De acuerdo con la Encuesta Intercensal 2015 del INEGI, en los municipios fronterizos donde el salario mínimo se incrementó 100% residen aproximadamente 7.7 millones de personas, correspondiente a 6.4% del total nacional. En la gráfica 4 se presenta el contraste entre el salario diario promedio de los municipios fronterizos y los adyacentes. El salario es mayor en los municipios de la ZLFN para todo el periodo presentado y se observa un aumento importante a partir de enero de 2019.

Gráfica 4. Salario diario promedio en municipios fronterizos y adyacentes



Fuente: Cálculos propios con información del IMSS.

Nota: las estimaciones corresponden a promedios municipales.

Para analizar la comparabilidad entre las poblaciones que recibieron el aumento salarial y los municipios adyacentes, se realizó una prueba de medias en las variables de empleo, salario, porcentaje de jóvenes, años de escolaridad, personas en edad de trabajar, asalariados y la tasa de informalidad en los municipios fronterizos y adyacentes. El cuadro 1 presenta los resultados. La información revela que las poblaciones no son perfectamente comparables pues presentan diferencias significativas en empleo y salarios antes del incremento. En particular, se observa que los municipios fronterizos tienen mayores tasas de empleo y salarios promedio.

Cuadro 1. Diferencias en medias de indicadores en municipios fronterizos y adyacentes, 2018

Variable	Frontera ¹	Adyacentes ¹	Diferencia ¹	Estadístico T ²
% empleo	14.27 (0.017)	7.33 (0.014)	6.95 (0.022)	3.17*** (0.00)
salario	293.07 (19.74)	221.44 (18.94)	71.64 (27.36)	2.62*** (0.01)
% Jóvenes	18.11 (0.52)	16.29 (0.66)	1.81 (0.84)	2.15** (0.02)

Variable	Frontera ¹	Adyacentes ¹	Diferencia ¹	Estadístico T ²
Años de escolaridad	8.23 (0.25)	7.82 (0.30)	0.42 (0.39)	1.07 (0.14)
% Personas en edad de trabajar	69.08 (1.75)	70.62 (2.33)	-1.54 (2.91)	-0.53 (0.30)
% Asalariados	27.58 (0.93)	24.33 (1.06)	3.25 (1.40)	2.31** (0.01)
Tasa de informalidad	42.30 (3.04)	47.30 (3.74)	-5.00 (4.82)	-1.04 (0.15)

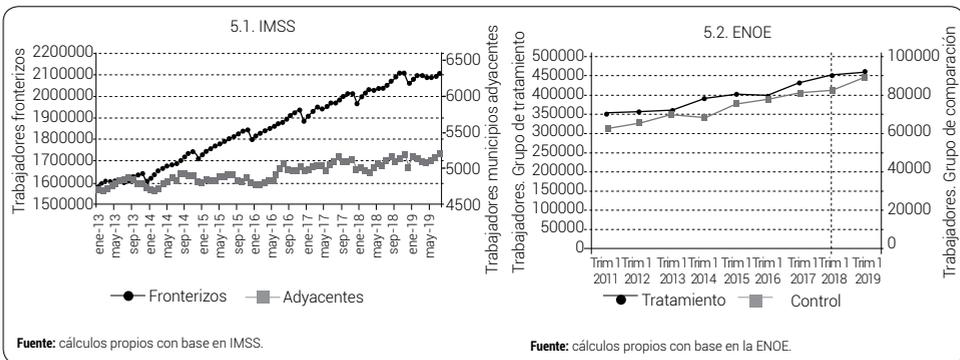
¹ Errores estándar entre paréntesis.

² Pr (T < t) entre paréntesis.

Fuente: cálculos propios con base en IMSS y Encuesta Intercensal.

Adicionalmente, aunque los datos del IMSS permiten obtener resultados generalizables a la ZLFN, la diferencia en la evolución del empleo entre esta Zona y los municipios vecinos, evidenciado en la gráfica 5.1, sesga los resultados. Los datos de la ENOE permiten, a su vez, centrar el análisis en grupos que son más parecidos entre sí, lo cual permite eliminar el sesgo previamente mencionado (ver gráfica 5.2).

Gráfica 5. Evolución del número de trabajadores, en los grupos de tratamiento y control



3. Variables dependientes e independientes

Con datos de la base del IMSS, se analizaron 75 municipios de los estados de Baja California, Coahuila, Chihuahua, Nuevo León, Tamaulipas y Sonora. De estos, 43 tienen frontera con Estados Unidos y 32 son adyacentes. Con esta

base, se estableció que la cantidad promedio de trabajadores por municipio en un mes fuera la variable dependiente. Asimismo, como variables independientes se consideraron: el efecto del aumento en salario mínimo en la frontera; variables categóricas que permiten distinguir eventos que se repiten con cierta periodicidad (por ejemplo, reducción del personal a finales de año); cantidad de trabajadores que pertenecen a un rango de edad susceptible a percibir bajos ingresos; salario diario promedio en sectores de actividad económica que concentran la mayoría de los trabajadores de la zona estudiada; y variables sociodemográficas obtenidas de la Encuesta Intercensal de 2015 realizada por el INEGI.

Las variables dependientes construidas a partir de la ENOE fueron: el total de trabajadores en la economía, el salario reportado, el ingreso por hora, y el porcentaje de empleados formales que ganan entre uno y tres salarios mínimos. Las variables independientes, a su vez, fueron: género, estrato socioeconómico y variables dicotómicas para cada uno de los niveles educativos alcanzados, desde primaria hasta posgrado. En este trabajo se utiliza una base de datos panel construida con los primeros trimestres de los años 2011 a 2019 que incluye el total de trabajadores en las ciudades analizadas.

III. Análisis

Para estudiar el efecto del incremento del salario mínimo en la frontera se utilizan dos aproximaciones. En un primer momento, se utiliza un estimador de diferencias en diferencias entre los municipios pertenecientes a la Zona Libre de la Frontera Norte (ZLFN) y aquellos que les son adyacentes. El método de diferencias en diferencias se utiliza en casos donde se tiene información antes de que la política haya tenido lugar pero no se cuenta con un grupo de “control” producto de una aleatorización. El “control” en este caso son los municipios adyacentes que no recibieron el incremento. Este método utiliza información recopilada antes y después de la implementación de una política pública para estimar su efecto.

Lo que se hace es comparar los cambios experimentados por la ZLFN (antes y después de la intervención) con los cambios que tuvieron en ese mismo periodo los municipios adyacentes. Se espera que la *diferencia de las diferencias* observadas en el tiempo por ambos grupos refleje el impacto de la política. Puesto en forma algebraica, sea la ZLFN e el grupo de comparación. Sea t el momento del levantamiento de información de la línea base, y t' el levantamiento de información que se llevó a cabo tras la implementación de la intervención. El estimador de

diferencias en diferencias del impacto del incremento al salario mínimo (DD) viene dado por:

$$DD = E(Y_{1t} - Y_{1t} | D = 1) - E(Y_{0t} - Y_{0t} | D = 0) \quad (I)$$

El supuesto necesario para que el estimador no esté sesgado es que si no se hubiera implementado ningún cambio las tendencias entre los dos conjuntos deberían ser iguales. Una forma de expresar esto es:

$$E(Y_{1t} - Y_{1t} | D = 0) = E(Y_{0t} - Y_{0t} | D = 0) \quad (II)$$

La bondad de la metodología de diferencias en diferencias es que elimina el sesgo generado por variables no observables; siempre y cuando las variaciones en el tiempo de estas variables no sean distintas entre ambos grupos. Esto equivale a comparar el cambio en el tiempo del empleo en la ZLFN con el cambio en el empleo de las zonas adyacentes. La especificación econométrica para llevar a cabo la estimación fue:

290

$$\ln(ta_{it}) = \beta_0 + \beta_1 \text{Efecto} + \beta_2 \text{Dic} + \beta_3 \text{Pj} + \beta_4 \text{Ptrab} + \beta_5 \text{Asal} + \beta_6 \text{Til} + \beta_7 \text{Jov} + \beta_8 \ln(\text{SalTr}) + \beta_9 \ln(\text{SalCom}) + u_{it} \quad (III)$$

Donde, como variable dependiente, se considera el logaritmo de la cantidad total de trabajadores asociados al IMSS en el municipio i en el mes t , desde enero de 2013 hasta junio de 2019. La variable *Efecto* identifica a las y los trabajadores que, en 2018, recibieron un salario menor a 176.72 pesos y que se encontraban en un municipio fronterizo a partir de enero de 2019. Por otra parte, como variables de control, se usan: *Dic*, vector de variables dicotómicas por cada diciembre; *Pj*, el porcentaje de trabajadores asociados al IMSS que tienen entre 15 y 29 años; la población que está en edad de trabajar (*Ptrab*), los asalariados (*Asal*), la tasa de trabajadores informales (*Til*) y los jóvenes que tienen de 15 a 29 años (*Jov*) en cada municipio; y el salario promedio que se paga en las industrias de transformación (*SalTr*) y comercio (*SalCom*), donde se emplea intensivamente la mano de obra barata y se agrupa a poco más de la mitad de los trabajadores reportados por el IMSS.

Para complementar la información del IMSS y brindar evidencia con validez interna se utilizaron datos de la ENOE y se desarrolló un modelo específico para

esta fuente de información. La ENOE no contiene información desagregada a nivel municipal de toda la ZLFN, por el contrario, sí tiene información desagregada a nivel de ciudades. La única ciudad que se puede estudiar antes de 2019, y que está en la frontera norte, es Tijuana.

El reto en este caso consistió en identificar otra ciudad que fuera comparable a Tijuana en características como: número de trabajadores, ingreso mensual, asalariados, escolaridad e informalidad, por mencionar las principales. Para definir la ciudad comparable se recurrió a un método de aparejamiento el cual minimiza las diferencias entre Tijuana y la ciudad no tratada previo a la intervención.

Para que el método funcione primero se debe definir un conjunto de variables condicionantes (denominadas W) sobre las cuales se busca el conjunto más parecido al grupo que recibió el tratamiento; en este caso el incremento al salario mínimo. Es importante destacar que la elección de la ciudad comparable necesita ser independiente del estatus del tratamiento, es decir:

$$Y_0 \perp\!\!\!\perp D \mid W \quad (VI)$$

Donde el signo $\perp\!\!\!\perp$ denota independencia. Asumiendo que existe una probabilidad entre 0 y 1 de estar expuesto al cambio que representa la política analizada, se condiciona dicho tratamiento a las características de las ciudades:

$$0 < \Pr(D = 1 \mid W) < 1 \quad (V)$$

El objetivo es incluir, en estas características, toda la información disponible relevante para medir el impacto. Dado que el aparejamiento en un conjunto grande de características puede ser muy difícil, se parte de la metodología desarrollada por Rosenbaum y Rubin (1983) que demuestra -partiendo del supuesto de que sea válido aparejar sobre un conjunto W de características- que también será válido aparejar sobre el puntaje del marcador de propensión .

A partir de las características definidas para comparar ciudades con Tijuana, se identificó que La Paz (Baja California Sur) sería el mejor contraste. Las gráficas 6.1 a 6.5 presentan las tendencias entre Tijuana y esta última. En ellas se observa que, pese a que las tendencias no son iguales, sí siguen la misma trayectoria a través del tiempo y se encuentran con una tasa de crecimiento similar. Los cambios en las tendencias más evidentes a partir de 2019 se dan en el ingreso mensual

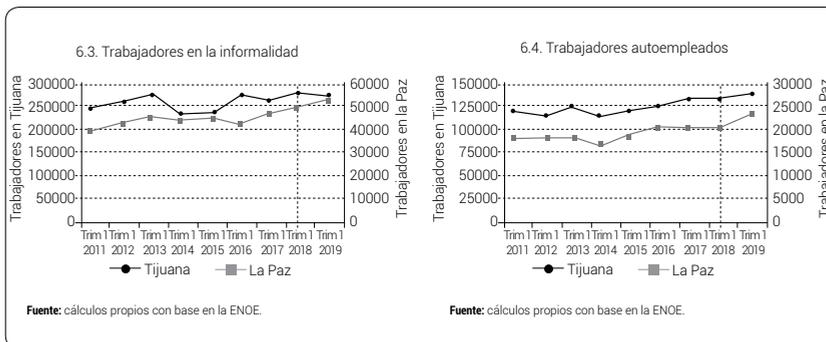
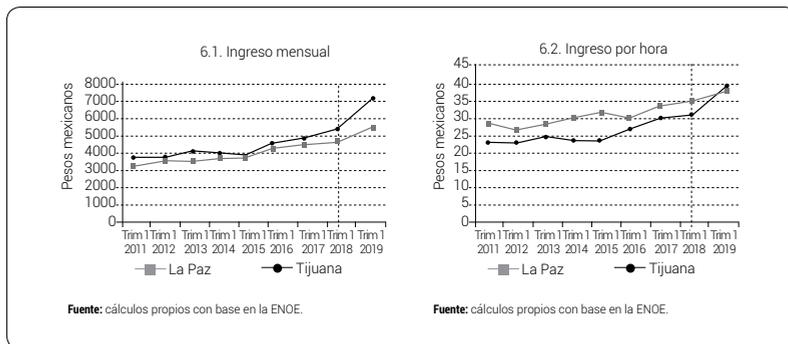
(6.1), el ingreso por hora (6.2) y el empleo formal para trabajadores que ganan hasta 3 salarios mínimos (6.5).

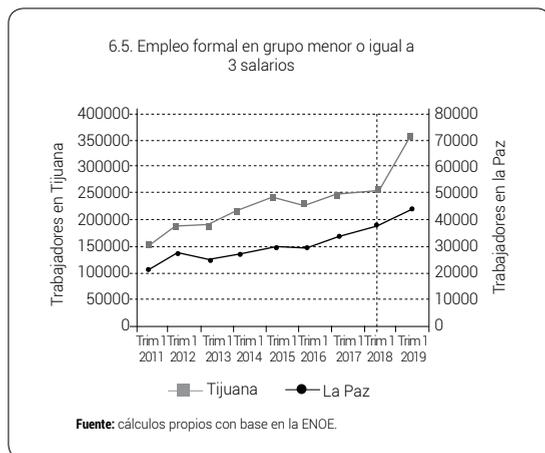
A continuación, retomando la metodología aplicada para analizar los datos del IMSS, se diseñó un modelo de diferencias en diferencias para estimar los cambios. Para encontrar el estimador de diferencias en diferencias en datos de panel se propuso la siguiente ecuación:

$$Y_{it} = \alpha_0 + \alpha_1 * D_i * EFF_{it} + \alpha_2 X_{it} + \alpha_3 D_{it} + \alpha_4 Q_t + \varepsilon_i \quad (VI)$$

Donde es la variable dependiente, que puede representar las variables de número de trabajadores, la variable del logaritmo natural del salario, o la variable de ingreso por hora. es una *dummy* asociada a Tijuana, es 1 en el primer trimestre de 2019 y cero el resto del tiempo, es un efecto por periodo, son un conjunto de controles que cambian por periodo entre los grupos: edad, edad al cuadrado, una *dummy* por último nivel educativo alcanzado, nivel socioeconómico y género. Y es un término de error.

Gráfica 6. Diferencias en las tendencias entre grupos; cambios en resultados seleccionados entre las ciudades de tratamiento y control





IV. Resultados

A continuación, se presentan los resultados del análisis econométrico, primero para los datos del IMSS y posteriormente los resultados derivados de la ENOE. Vale la pena destacar que, utilizando distintas fuentes de información, y unidades de análisis distintos, se llega al mismo resultado: el aumento salarial no impactó los niveles de empleo. La consistencia de resultados en ambos análisis es positiva pues por un lado los registros administrativos del IMSS que cubren toda la zona de la frontera norte (al mayor nivel de desagregación geográfica) adolecen de los mejores controles socioeconómicos; por otra parte, los datos de la ENOE sólo son representativos de las ciudades mencionadas, pero contienen las mejores variables sociodemográficas disponibles para captar el fenómeno. Es decir, las dudas respecto a la validez de los resultados obtenidos para los datos del IMSS se disipan al constatar que se obtienen los mismos resultados con todos los controles para Tijuana y La Paz; y viceversa.

1. IMSS

Utilizando observaciones de todos los municipios y considerando las variables de control, se puede concluir que no hay efectos estadísticamente significativos sobre la cantidad de trabajadores asociados al IMSS después del incremento al salario mínimo. Es decir que, de haber cambios en el nivel de empleo total de la región, estos no son imputables al aumento salarial. En el cuadro 2.1 se presentan

las estimaciones de la ecuación (III). La variable *Efecto* indica el impacto de aumentar el salario mínimo sobre el trabajo formal, el modelo revela que la variable en cuestión no fue significativa.

Cuadro 2.1. Impactos estimados sobre el número de trabajadores afiliados al IMSS

Variables	Impacto
Efecto	-0.774
dic13	-0.0544***
dic14	-0.0515***
dic15	-0.0480***
dic16	-0.0136
dic17	0.00841
dic18	0.0232*
Porcentaje de jóvenes 15-29	0.0342***
Población en edad de trabajar	8.38e-05**
Asalariados	-0.000140**
Tasa de informalidad	-5.610***
Jóvenes en el municipio	16.81***
Salario en transformación	0.225**
Salario en comercio	0.216**
Observaciones	4,826
Número de municipios	64
R2 general	0.798

*P<0.1, **P<0.05, ***P<0.01

Fuente: Cálculos propios.

2. ENOE

Las estimaciones de la ecuación (VI) se presentan en los Cuadros 2.2 y 2.3. Los resultados del cuadro 2.2 indican que no hay efectos estadísticamente significativos sobre el número de trabajadores, el número empleados formales, el empleo por nivel educativo, género y ser joven.

Por otra parte, en el cuadro 2.3 se observa que el aumento al salario mínimo incrementó en 9.3% el salario promedio de los trabajadores en la Zona Libre de la Frontera Norte, siendo este aumento mayor para los trabajadores que ganan hasta tres salarios mínimos, así como para aquellos trabajadores sin educación;

cuyos ingresos se incrementan en 20.4%. El incremento salarial sobre los jóvenes es casi tan importante como el de aquellos trabajadores que ganan hasta tres salarios mínimos (12.3 y 13.7%, respectivamente), y los resultados son robustos para la población estudiada, a partir de los niveles de R cuadrada de las estimaciones.

Cuadro 2.2. Impactos estimados utilizando diferencias en diferencias; resultados sobre las variables de empleo seleccionadas

Variables	Total de trabajadores	Empleo formal	Sin educación	Primaria	Secundaria	Preparatoria	Universidad	Mujeres	Jóvenes
Tijuana* Año 2019	-0.010	0.006	0.049	0.001	-0.003	-0.012	-0.007	-0.021	0.089
	0.317	0.693	0.254	0.942	0.825	0.405	0.682	0.085	0.00
Observaciones	77,253	45,606	77,253	77,253	77,253	77,253	77,253	77,253	77,253
R ² ajustado	0.2527	0.0691	0.2531	0.2531	0.2531	0.2531	0.2531	0.2532	0.2538

*P<0.1, **P<0.05, ***P<0.01

Fuente: cálculos propios.

Cuadro 2.3. Impactos estimados utilizando diferencias en diferencias; resultados sobre las variables de ingreso seleccionadas

Variables	Salario	Trabajadores que ganan hasta 3 S.M.	Sin educación	Primaria	Secundaria	Preparatoria	Universidad	Mujeres	Jóvenes
Tijuana* Año 2019	0.093***	0.137***	0.204**	0.058*	0.036	0.007	-0.034	0.048*	0.123***
	0.00	0.00	0.02	0.07	0.19	0.79	0.38	0.06	0.00
Observaciones	33,872	20,560	33,872	33,872	33,872	33,872	33,872	33,872	33,872
R ² ajustado	0.2632	0.2368	0.2620	0.2620	0.2619	0.2619	0.2619	0.2620	0.2626

*P<0.1, **P<0.05, ***P<0.01

Fuente: cálculos propios.

V. Conclusiones y recomendaciones de política pública

Uno de los resultados que se pueden apreciar de la transición democrática que se está experimentando en México es el cambio de prioridades y la implementación de una agenda laboral progresista. Por décadas, se descuidó la importancia del poder adquisitivo del salario mínimo, para la actual administración es un tema prioritario.

El principal resultado de este trabajo es dar cuenta que el incremento en el salario mínimo en la frontera, que entró en vigor el primero de enero de 2019,

no tuvo un efecto negativo sobre el empleo en México. Con este estudio se puede decir que la política salarial implementada hasta el momento está cumpliendo con los objetivos de la política laboral de fortalecer el poder adquisitivo de los trabajadores más vulnerables. La evidencia aquí presentada, señala que dicho aumento incrementó el ingreso de aquellos que ganan hasta tres salarios mínimos, así como el de los trabajadores sin educación y el de los jóvenes.

Los resultados, no obstante, deben tomarse con cautela por al menos dos motivos. El primero es el bajo nivel salarial del que se parte -uno de los más bajos salarios mínimos de la región latinoamericana- y el segundo es el que el tiempo transcurrido desde que se implementó el aumento es muy breve. Adicionalmente, es importante recordar que la estimación se realiza únicamente para la ZLFN, por lo que los resultados que produjo este incremento no son extrapolables al contexto de otras economías.

VI. Referencias

- ADDISON, J. T., BLACKBURN, M. L., y COTTI, C. D. (2009). Do minimum wages raise employment? Evidence from the US retail-trade sector. *Labour Economics*, 16(4), 397-408.
- ALLEGRETTO, S. A., DUBE, A. y Reich, M. (2011). Do minimum wages really reduce teen employment? Accounting for heterogeneity and selectivity in state panel data. *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*, 50(2), 205-240.
- ALLEGRETTO, S., DUBE, A., REICH, M. y Zipperer, B. (2017). Credible research designs for minimum wage studies: A response to Neumark, Salas, and Wascher. *ILR Review*, 70(3), 559-592.
- Banco de México, El (2019). Informe Trimestral Abril - Junio 2019. Disponible en <https://www.banxico.org.mx/publicaciones-y-prensa/informes-trimestrales/%7B1CA9105C-D7BE-C2C3-4D0C-D2BCA5DB0EB8%7D.pdf>. Consultado el 18 de octubre de 2019.
- BOSCH, M. y MANACORDA, M. (2010). "Minimum wages and earnings inequality in urban Mexico", *American Economic Journal: Applied Economics*, 2(4), 128-149.
- CAMPOS, R. M. (2015). El salario mínimo y el empleo: Evidencia internacional y posibles impactos para el caso mexicano. *Economía UNAM*, 12(36), 90-106.

- CAMPOS, R. M., ESQUIVEL, G. y SANTILLÁN, A. S. (2017). El impacto del salario mínimo en los ingresos y el empleo en México. *Revista CEPAL*.
- CARD, D. y KRUEGER, A. B. (1993). *Minimum wages and employment: A case study of the fast food industry in New Jersey and Pennsylvania* (No. w4509). National Bureau of Economic Research.
- (2000). Minimum wages and employment: a case study of the fast-food industry in New Jersey and Pennsylvania: reply, *American Economic Review*, 90(5), 1397-1420.
- CONASAMI (2019) Efectos del aumento del salario mínimo en la Zona Libre de la Frontera Norte (ZLFN). *México: Comisión Nacional de los Salarios Mínimos*. Disponible en: <https://www.gob.mx/conasami/articulos/evaluacion-de-impacto-del-salario-minimo-en-la-zona-libre-de-la-frontera-norte?idiom=es>. Consultado el 9 de octubre de 2019.
- DE LA FEDERACIÓN, D. O. (2018). Diario oficial de la federación del 26 de diciembre de 2018. *México: Congreso de la Unión*.
- DUBE, A. (2013). Keeping up with a changing economy: Indexing the minimum wage. *Statement to US Senate Committee on Health, Education, Labor & Pensions, Washington*.
- DUBE, A., Naidu, S. y Reich, M. (2007). The economic effects of a citywide minimum wage. *ILR Review*, 60(4), 522-543.
- DUBE, A., Lester, T. W. y Reich, M. (2010). Minimum wage effects across state borders: Estimates using contiguous counties. *The review of economics and statistics*, 92(4), 945-964.
- (2016). Minimum wage shocks, employment flows, and labor market frictions. *Journal of Labor Economics*, 34(3), 663-704.
- DUBE, A. y ZIPPERER, B. (2015). Pooling multiple case studies using synthetic controls: An application to minimum wage policies. *IZA Discussion paper No. 8944*. Bonn, Alemania, Institute for the Study of Labor.
- KAPLAN, D. y PÉREZ ARCE, F. (2006), “El efecto de los salarios mínimos en los ingresos laborales de México”, *El Trimestre Económico*, 73(289), Fondo de Cultura Económica.
- LUSTIG, N. y McLEOD, D. (1997) “Minimum wages and poverty in developing countries: Some empirical evidence.” In: Edwards, S., and N. Lustig (eds).

Labor Markets in Latin America: Combining Social Protection with Market Flexibility. Washington, DC: Brookings Institution.

- MORENO-BRID, J. C., GARRY, S. y MONROY-GÓMEZ-FRANCO, L. A. (2014). El salario mínimo en México. *Economía UNAM*, 11(33), 78-93.
- NEUMARK, D. (2018). Employment effects of minimum wages. *IZA World of Labor*.
- NEUMARK, D. y WASCHER, W. (2000). "Minimum wages and Employment: A Case Study of the Fast-Food Industry in New Jersey and Pennsylvania: Comment." *American Economic Review* 90(5), 1362-96.
- (2007). "Minimum wages, the earned income tax credit, and employment: evidence from the post-welfare reform era". *NBER working paper no. 12915*.
- (2008), *Minimum Wages*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press.
- NEUMARK, D., SALAS, J. I. y Wascher, W. (2014). Revisiting the Minimum Wage—Employment Debate: Throwing Out the Baby with the Bathwater? *ILR Review*, 67(3, suplemento), 608-648.
- OIT (2016). Guía sobre políticas en materia de salario mínimo. Disponible en https://www.ilo.org/global/topics/wages/minimum-wages/WCMS_542028/lang-es/index.htm. Consultado el 18 de octubre de 2019.
- ORRENIUS, P. M. y ZAVODNY, M. (2008). The effect of minimum wages on immigrants' employment and earnings. *ILR Review*, 61(4), 544-563.
- PERSKY, J. J., & BAIMAN, R. (2010). Do state minimum wage laws reduce employment? Mixed messages from fast food outlets in Illinois and Indiana. *Journal of Regional Analysis and Policy*, 40(1100-2016-89583).
- Powers, E. T. (2009). The impact of minimum-wage increases: Evidence from fast-food establishments in Illinois and Indiana. *Journal of Labor Research*, 30(4), 365-394.
- ROSENBAUM, P. y Rubin, D. (1983). "The Central Role of the Propensity Score in Observational Studies of Causal Effects". *Biometrica*, 70(1), 41-55.
- SABIA, J. J., BURKHAUSER, R. V. y HANSEN, B. (2012). Are the effects of minimum wage increases always small? New evidence from a case study of New York state. *Ilr Review*, 65(2), 350-376.

VARGAS-HERNÁNDEZ, J. G., CASAS-CARDENAZ, R. y ALMANZA, R. (2019). Re-valuation of minimum wages in Mexico and its financial impact on organizations and primarily on SMEs. *SINERGIA-Revista do Instituto de Ciências Econômicas, Administrativas e Contábeis*, 23(2), 9-20.

PROBABILIDAD DE TENER UN EMPLEO INFORMAL: MODELO PROBIT PARA HONDURAS Y EL SALVADOR BAJO REINTERPRETACIONES CONCEPTUALES

MARCELA AGUILAR*

Este interesante estudio desarrollado por Marcela Aguilar ofrece una perspectiva documentada sobre el problema de la informalidad en dos países de Centroamérica. Así, proponiendo un enfoque integral de este problema social, atendiendo a las realidades de Honduras y El Salvador, problemas sociales comunes (rol femenino de car al mundo del trabajo) que marcan la mayor o menor probabilidad de que las personas permanezcan en empleos informales. A partir de ese conocimiento y en línea con la perspectiva de la OIT sobre el problema de la informalidad, se propone un modelo de intervención que favorezca la transición a la formalidad.**

301

SUMARIO: I. Introducción. II. Evolución conceptual de la informalidad. III. Causas de la economía informal. IV. Economía informal en Honduras y El Salvador: factores incidentes. V. Conclusiones y discusión sobre la economía informal. VI. Bibliografía.

I. Introducción

La economía informal se ha transformado en la regla general del empleo internacional, representando un desafío a nivel mundial. Para 2018, la economía

* Actualmente, coordinadora de un proyecto regional sobre economía informal en OIT/Costa Rica y ha trabajado como asistente de investigación en UNICEF/Italia y ITCILO/Italia respecto a temáticas de desarrollo sostenible y educación.

Licenciada en Economía con maestría en Economía y Política Pública en la Universidad de York, Inglaterra.

** Reseña efectuada por los editores de *Laborem 21*.

informal contribuyó con un tercio del PIB mundial, concentrando el 61% de la población mundial empleada mayor a 15 años (Littlewood & Yang, 2018; OIT, 2018). Este porcentaje de informalidad equivale a 2,000 millones de personas privadas de condiciones para proteger sus derechos laborales, tanto referentes a una remuneración suficiente, como al acceso a protección social que brinde seguridad en el trabajo y condiciones laborales salubres; es decir, personas privadas de acceder a un trabajo decente (OIT, 2018).

Este artículo tiene como objetivo contrastar el debate académico sobre economía informal con la investigación empírica, utilizando como ejemplo el caso de los países del Triángulo Norte de Centroamérica, Honduras y El Salvador, destacando la importancia de contextualizar las causas de la economía informal. Para ello, el artículo contiene tres apartados. Primero, se describe la lógica conceptual en que ha evolucionado la interpretación de la economía informal. Segundo, se describen las causas de la economía informal bajo una revisión literaria, tanto desde el ámbito teórico reflejado en las diferentes escuelas de pensamiento hasta las diferentes investigaciones a nivel internacional sobre el tema. Tercero, se presenta el caso de Honduras y El Salvador, donde se analizan los diferentes factores que determinan los niveles de informalidad bajo un enfoque de microdatos.

302 II. Evolución conceptual de la informalidad

Ante la relevancia de este fenómeno, ha sido necesario replantear el concepto de informalidad y su evolución en el tiempo hacia un concepto cada vez más amplio, que permita comprender de mejor manera la heterogeneidad de este. Inicialmente, la informalidad se interpretó como un conjunto de actividades marginales o residuales de las economías en desarrollo, y se le llamaba “*sector tradicional*”. Sin embargo, el contexto de un gran excedente de mano de obra visibilizó que los trabajadores de estas actividades sobrevivían bajo condiciones mínimas de derechos laborales (OIT, 2018).

Ante este contexto, tras varios análisis e investigaciones, en la 15ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo (1993) se adoptó el término *sector informal*, reinterpretando el concepto de *informalidad* como el conjunto de unidades económicas que típicamente funcionan en pequeña escala y no están registradas. A pesar de los avances iniciales, definir la informalidad como un concepto basado en la empresa era limitado.

Por ello, en la 17ª CIT de 2002, la OIT reemplazó el término sector informal por un concepto más amplio: “*economía informal*”. El informe concluye que

la economía informal está determinada por el conjunto de empresas o negocios informales, y por el empleo informal, lo que integra en la definición las relaciones de producción y de empleo (Guerra, 2007).

La resolución de 2002 brinda un marco de análisis para reconocer la diversidad y heterogeneidad de los actores, y las actividades de la economía informal, especialmente el trabajo ocasional y precario dentro de la economía formal. Por ende, se establece que el término economía informal hace referencia al:

“conjunto de actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que, tanto en la legislación como en la práctica, están insuficientemente contempladas por sistemas formales o no lo están en absoluto (OIT, 2019a).”

La reinterpretación del concepto informalidad, por parte de OIT, consistió en pasar de un enfoque basado en las unidades de producción a un enfoque basado en las relaciones laborales (OIT, 2018). Por ello, el empleo informal captó tanto el empleo en el sector informal como el empleo informal fuera del sector informal, que se compone del empleo informal en el sector formal y el empleo informal en los hogares.

A pesar de las actualizaciones conceptuales, el avance de la tecnología, y el surgimiento de nuevos modelos de negocios como la economía colaborativa, conocida como “sharing economy” o “gig economy”, desarrollados a través de plataformas digitales, presenta nuevamente un reto de interpretación del concepto de economía informal. Además, se presentan nuevos desafíos para el tema de gobernanza y la negociación de intervenciones regulatorias (Jing, 2019).

Las industrias creativas han sido anunciadas como un modelo para el futuro del trabajo, y una característica central de los mercados laborales creativos es el aumento de trabajadores independientes. Sin embargo, los trabajadores independientes de la economía digital ya no cumplen con las características comunes de los trabajadores independientes y trabajadores asalariados tradicionales de la economía informal. Según estudios recientes de OIT, los trabajadores de plataformas digitales cuentan con altos niveles de estudios que incluyen cursos especializados de ciencias o tecnología, economía, finanzas o contabilidad, y prefieren formar parte de la economía digital por trabajar desde el hogar o para tener una remuneración complementaria al ingreso recibido en trabajos del sector formal (OIT, 2019c). Esto señala la necesidad de actualizar nuevamente el concepto de economía informal y sus alcances en la era digital (Ferreri & Sanyal, 2018).

III. Causas de la economía informal

El apartado anterior señala la necesidad de una constante interpretación de la economía informal, que sea acorde al ritmo en que cambian las estructuras económicas y sociales. Además del reto conceptual, existe el desafío de identificar y comprender las causas de la economía informal. Los diferentes pensamientos económicos han ofrecido interpretaciones y explicaciones desde hipótesis particulares. La escuela dualista interpreta la informalidad como actividades marginales o periféricas que, en general, no se relacionan con el sector formal, y son propias de un mercado laboral segmentado. Por ello, esta escuela identifica como causas el desfase entre las habilidades de las personas y la estructura de las oportunidades económicas (WIEGO, 2012).

Por otro lado, la escuela estructuralista identifica la informalidad como una característica propia del sistema capitalista, e identifica como causas los intentos de las empresas en reducir los costos laborales y aumentar la competitividad bajo la lógica de incrementar la ganancia. La escuela legalista o institucionalista, identifica causas similares a la escuela anterior, pero desde una lógica diferente. Esta escuela comprende la informalidad como el conjunto de microempresarios que tratan de evitar los costos y las obligaciones del registro formal debido a los sistemas legales con excesiva burocracia y tramitología. La última escuela identificada es la “escuela voluntarista”, la cual explica la informalidad como resultado de una relación costo-beneficio de la informalidad en comparación a la formalidad; bajo esta escuela las causas pueden ser múltiples, incluyendo no sólo la eficiencia de las instituciones formales, sino también el desarrollo de las instituciones informales (OIT (2019) y WIEGO (2012)).

Las investigaciones académicas han utilizado como base estas escuelas para determinar los factores que inciden con mayor frecuencia en la economía informal a nivel internacional. La literatura (Williams (2014), Banco Mundial (2019), Littlewood *et al.* (2018), OIT (2018)) señala como un factor incidente la condición de pobreza de la población, tanto por el lado de oferta como por el de demanda, siendo las personas en condición de pobreza quienes generalmente presentan mayor porcentaje de empleo informal, dadas sus habilidades y competencias, y quienes mayoritariamente consumen bienes y servicios de la economía informal.

Sin embargo, las diferencias de tasas de pobreza entre personas ocupadas en el sector formal y el sector informal varían entre países. Por ejemplo, en países como Bolivia (2014) las diferencias en tasas de pobreza son casi nulas entre el sector formal e informal, mientras que en países como Zambia, Camerún y Honduras estas

diferencias son significativas. Para 2014, en Honduras, el 40% de las personas con empleo informal son pobres, mientras que menos del 10% con empleos formales son pobres. En países como Togo (2011) y Madagascar (2012) entre el 49% y el 60% de los trabajadores con empleo formal son pobres, mientras que en países como Brasil, Costa Rica y Albania, menos del 10% de los trabajadores en empleo informal son pobres (OIT, 2018).

Otra variable ampliamente señalada es el nivel educativo (OIT (2018), Levy & Székely (2016), Banco Mundial (2019)). A diferencia de la variable anterior, parece existir cierto consenso en la relación positiva entre educación y acceso a un empleo formal, dado que los datos muestran este patrón en todas las regiones del mundo, independientemente del nivel de desarrollo de los países.

Los trabajadores que han cursado educación terciaria son los que tienen más probabilidades de encontrar oportunidades en el sector formal (OIT, 2018), debido a que el desarrollo de competencias y habilidades mejora la empleabilidad de la fuerza de trabajo. Según cifras oficiales de OIT, en promedio el 94% de trabajadores sin educación se encuentran en el empleo informal, y este porcentaje se reduce según incrementa el nivel educativo del trabajador, así los trabajadores con educación primaria presentan niveles de informalidad del 85%, mientras que los trabajadores con educación secundaria el 52%, y con educación terciaria el 24% (OIT, 2018).

Al analizar la distribución de trabajadores por nivel de educación en empleo informal, se muestra que más de la mitad de la población mundial en empleo informal no tiene educación o no finalizó el nivel primario. En general, para todas las regiones se cumple que conforme las personas cuentan con un mayor nivel educativo la probabilidad de contar con un empleo informal es menor (OIT, 2018).

Además, parte de la literatura se ha enfocado en analizar características propias de los individuos que podrían ser determinantes de informalidad, tales como edad y género. Según datos de OIT (2018), las personas más expuestas a acceder a la economía informal son jóvenes entre 15-24 años, y las personas mayores a 65 años. A nivel mundial, el 77% de jóvenes y 78% de personas mayores de 65 años se encuentran en el sector informal (OIT, 2018).

En cuanto a la distribución por género, a nivel internacional, según estadísticas de OIT, el empleo informal es una fuente mayor de empleo para hombres que para mujeres, representando el 63% y 58% respectivamente. Sin embargo, la distribución del empleo informal varía según países, por ejemplo, en los países de

ingresos bajos y medianos bajos, existe una proporción mayor de mujeres que de hombres en el empleo informal (OIT, 2018).

Las variables anteriores -pobreza, educación, edad, género- son variables que destacan bajo una perspectiva de la escuela dualista. Por otro lado, bajo una perspectiva de la escuela voluntarista, la participación en la informalidad implica que los agentes económicos encuentran pocos beneficios en los servicios del Estado, elevados costos en la formalidad, y poca probabilidad de ser sancionados (Perry *et al.*, 2008). Además, en un contexto de débil fiscalización, las empresas reciben incentivos para decidir no declarar la totalidad de sus ingresos, dado que el beneficio de evadir los tributos es mayor que el costo de intentarlo; i.e., riesgo de recibir una multa (Machado, 2014). Bajo esta perspectiva, cuando los trabajadores no perciben beneficios prácticos de los servicios públicos, reciben incentivos de formar parte de las actividades informales y no contribuir al sistema público, dado que formar parte del sector informal les permite incrementar su consumo en bienes que sí consideran de calidad, además de brindarles mayor flexibilidad laboral (Machado, 2014).

Por ello, una de las cuestiones más importantes recae en la capacidad del Estado de regular y hacer cumplir la legislación (Perry *et al.*, 2008). En la práctica, el cumplimiento de la legislación está relacionado con las instituciones formales, compuestas por las leyes, los marcos regulatorios y códigos, y por las instituciones informales, las cuales están integradas por los valores, normas y creencias de la sociedad (OIT, 2019b). Por ejemplo, un estudio en 2008 para América Latina analiza la relación de la moral tributaria y la informalidad utilizando variables de Latinobarómetro, Encuesta Mundial de Valores, y la Encuesta Europea de Valores, las cuales investigan cambios socioculturales y políticos, y recopilan datos comparativos sobre valores y sistemas de creencias. Utilizando un modelo lineal, el estudio estimó el impacto de la moral tributaria sobre la varianza de la economía informal, encontrando que la moral tributaria es un incentivo, y puede explicar más del 20% del total de la varianza economía informal (Torgler & Schneider, 2008).

La teoría institucional reconoce que cuando existe incongruencia entre las instituciones formales e informales, la legitimidad social con las partes interesadas en la actividad empresarial e.g., consumidores, proveedores y empleados, puede lograrse sin un registro legal, es decir, se puede lograr aún siendo parte de la economía informal.

Por ello, es importante señalar que tanto las instituciones formales como las informales pueden tener un impacto diferenciado para los empresarios, principal-

mente para los emprendedores. Por ejemplo, William y Shahid (2016) concluyeron que los emprendedores de Pakistán con menores niveles de formalización son significativamente más probables de mostrar mayores niveles de asimetría institucional, mayor preocupación ante la corrupción del sector público, y poseen menor moralidad fiscal. De igual forma, Williams, Martinez-Perez y Kedir (2017) analizaron datos para 127 países, y concluyeron que las empresas que iniciaron sin registrarse legalmente, y operaron así por cierto tiempo, tienen tasas de crecimiento de ventas, empleo y productividad anual, significativamente más altas (15%, 32%, 71% respectivamente) en comparación con las empresas registradas desde el inicio de su actividad.

IV. Economía informal en Honduras y El Salvador: factores incidentes

Los apartados anteriores señalan que la informalidad es un fenómeno heterogéneo explicado por distintas causas y determinantes. A pesar de ser un fenómeno internacional, las características y composiciones de la economía informal varían entre regiones. Por ejemplo, en los países en desarrollo, nueve de cada diez trabajadores cuentan con empleos informales, mientras que, en las economías desarrolladas se reduce a dos trabajadores informales de cada diez (OIT, 2018). Por ello, es primordial realizar un diagnóstico y análisis de la economía informal según la idiosincrasia de cada país.

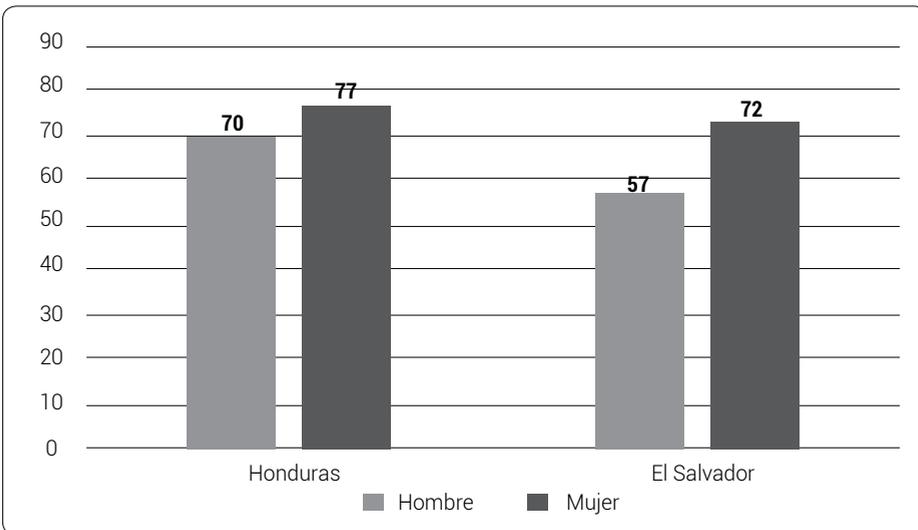
Una investigación reciente - aún no publicada- sobre el diagnóstico de la economía informal en Honduras y El Salvador, muestra datos preliminares sobre las causas de este fenómeno. Estos países reflejan la importancia del contexto para determinar las causas de la economía informal (Aguilar, 2019, inédito). En El Salvador, en 2010, el empleo informal representaba el 58% del total de ocupados no agrícolas, mientras que en 2017, el porcentaje de personas con empleo informal incrementó hasta el 64% de los ocupados no agrícolas.

Dentro de la misma estructura de la economía los niveles de informalidad pueden variar significativamente. Por ejemplo, en El Salvador uno de los sectores con mayor incremento porcentual en el empleo informal es el sector de comercio, incrementando 10 puntos porcentuales en 5 años, hasta alcanzar el 80% de las personas que trabajan en este sector en 2017. Este porcentaje es significativo al considerar que un tercio de las personas ocupadas en El Salvador se encuentran en el sector comercio y servicios.

En Honduras, por otro lado, los niveles de informalidad desde 2010 al 2017 se han mantenido en porcentaje similares, representando el empleo informal no agrícola para 2017 el 73% de las personas ocupadas. A nivel sectorial, al igual que en el caso de El Salvador, el sector comercio representa porcentajes de empleo informal superiores al nivel nacional, concentrando para 2017 el 79% de personas ocupadas en el sector.

En este punto, es válido preguntarse: ¿qué características diferencian los niveles de informalidad? Para 2017, en El Salvador, de cada 100 mujeres, 70 tienen un empleo informal, mientras que para los hombres esta relación disminuye a 57 de cada 100. Para Honduras se presentan datos similares para 2017, donde 80 mujeres de cada 100 tienen un empleo informal, mientras que para los hombres esta relación baja a 70 de cada 100. En otras palabras, para los países del norte de Centroamérica es más frecuente que las mujeres tengan un empleo informal que para los hombres.

Gráfico 1: Porcentaje de empleo informal según sexo, Honduras y El Salvador, 2017

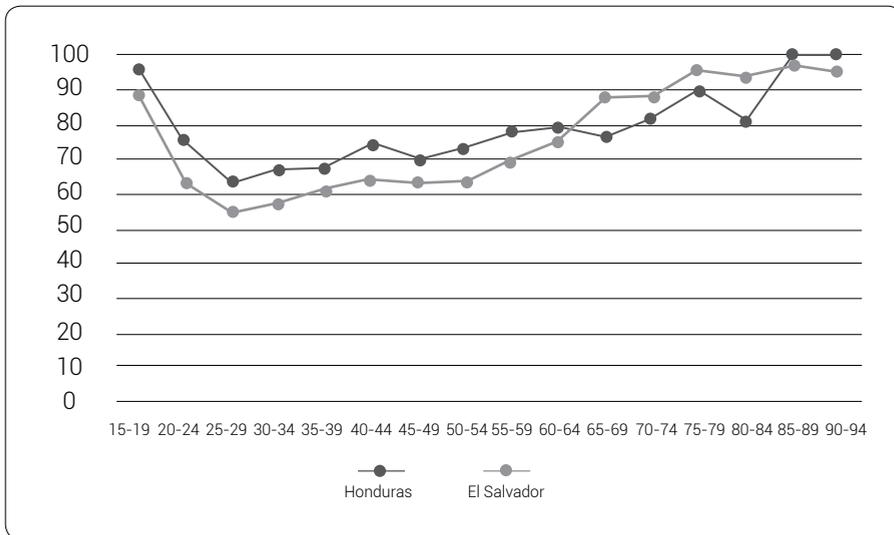


Fuente: elaboración propia con datos de EHPM (2017) y EPH (2017)

Siguiendo el análisis de la literatura internacional, se destacan diferencias de los niveles de informalidad respecto a la edad. Para Honduras, aproximadamente 9 de cada 10 personas entre 15-19 años de edad tienen un empleo informal, superando el promedio nacional. Posterior, se presenta una baja en los porcentajes,

la cual vuelve a incrementar a partir de los 29 años de edad, y desde los 50 años alcanza porcentajes de personas con empleo informal del 70% de los ocupados. Para El Salvador, los datos mantienen la misma tendencia que en Honduras, es decir, el empleo informal es más elevado para los rangos de edad extremos. Por ejemplo, 89 de cada 100 personas entre 15-19 años tienen un empleo informal, mientras que las personas con rango de edad entre 25-29 años son quienes presentan el menor porcentaje de empleo informal (55%), y a medida aumenta el rango de edad, el porcentaje de empleo informal incrementa. A partir de los 60 años se superan porcentajes del 75% de empleo informal para las personas de esta edad. En conclusión, la región presenta una curva en forma de U para el ciclo de vida al analizar los porcentajes de empleo informal.

Gráfico 2: Porcentaje de empleo informal según edad, Honduras y El Salvador, 2017



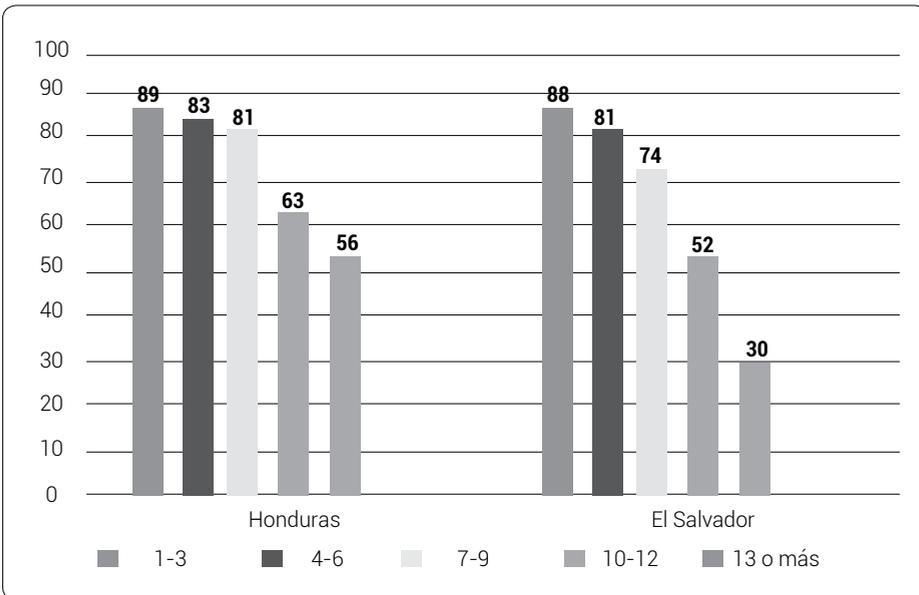
Fuente: elaboración propia con datos de EHPM (2017) y EPH (2017)

Por otro lado, al considerar la variable educación, así como señala la literatura internacional, se encuentra una relación inversa entre informalidad y años de estudios aprobados. Para El Salvador, los datos para 2017 muestran que el 91% de las personas con años de educación menores o iguales a 3 años tienen empleo informal no agrícola, es decir, 9 de cada 10 personas con menos de 3 años de estudio tienen empleo informal. Por otro lado, para el universo de personas que tienen más de 13 años de estudios, el porcentaje de empleo informal disminuye al 29%. Respecto a la distribución del empleo informal según años de estudios aprobados,

el 93% del empleo informal se concentra en personas con menos de 12 años de estudio, es decir, personas que no han realizado estudios superiores, mientras que únicamente el 7% del empleo informal se encuentra en personas con más de 13 años de estudio aprobados.

Los datos de Honduras también son acorde con la tendencia estadística internacional, donde según incrementan los años de estudios aprobados, el nivel de empleo informal disminuye. Por ejemplo, para 2017, el 100% de las personas sin años de estudios tiene empleo informal no agrícola, además, para las personas que tienen de 1-3 años de estudio, aproximadamente, 9 de cada 10 personas con menos de 3 años de estudio tienen empleo informal. Por otro lado, para el universo de personas que tienen más de 13 años de estudios, el porcentaje de empleo informal es del 56%. Respecto a la distribución del empleo informal según años de estudios aprobados, el 81% del empleo informal se concentra en personas con menos de 12 años de estudio, es decir, personas que no han realizado estudios superiores, mientras que el 19% del empleo informal se encuentra en personas con más de 13 años de estudio aprobados.

Gráfico 3: Porcentaje de empleo informal según años de estudios aprobados, Honduras y El Salvador, 2017

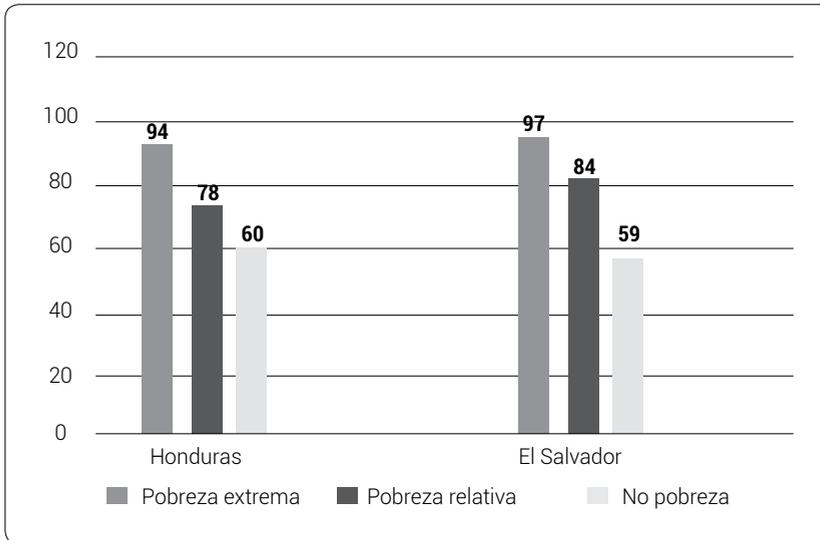


Fuente: elaboración propia con datos de EHPM (2017) y EPH (2017)

Otra variable que muestra diferencias en el nivel de informalidad es la categoría ocupacional. En El Salvador, el porcentaje más alto de informalidad es para las personas que trabajan por cuenta propia, donde el 98% tiene un empleo informal. Por otro lado, respecto a las personas asalariadas, los datos muestran que es significativamente diferente ser asalariado permanente que asalariado temporal, por ejemplo, para el 2017, 3 de cada 10 asalariados permanentes eran informales, mientras que 9.4 de 10 personas asalariados temporales eran informales. En Honduras también existen diferencias entre categorías ocupacionales, principalmente entre las personas que trabajan por cuenta propia que tienen o no trabajadores temporales. Por ejemplo, el 93% de los cuenta propia que no contratan mano de obra temporal tienen un empleo informal, mientras que este porcentaje disminuye al 80% para los cuenta propia que contratan mano de obra temporal.

Al continuar contrastando las variables que se señalan a nivel internacional con el contexto específico de los países, se puede mencionar la condición de pobreza como una variable para los niveles de informalidad. Para El Salvador, el 70% de las personas en pobreza relativa tenían un trabajo informal en 2010, para 2017 este porcentaje incrementó a 84%. Este análisis muestra que si una persona está en situación de pobreza -relativa o extrema- lo más usual es que posea un empleo informal. Diferente es analizar la distribución de la pobreza en el universo de personas ocupadas no agrícolas con empleo informal, dado que no todas las personas que tienen trabajo informal son pobres. Para 2017, el 74% del total de personas con empleo informal son no pobres, mientras que un 22% de las personas están en pobreza relativa, y 4% en pobreza extrema. En conclusión, si una persona es pobre en El Salvador, es probable que tenga un empleo informal; sin embargo, no todas las personas con empleo informal son pobres, al contrario, 7 de cada 10 personas no son pobres. La realidad de Honduras es diferente respecto a la distribución de la pobreza dentro del total de personas con empleo informal, según datos de 2017, aproximadamente el 32% de las personas con empleo informal son no pobres, mientras que el 68% están en condiciones de pobreza, ya sea relativa o extrema, es decir, una relación inversa a la que presentan los datos en El Salvador. Sin embargo, se mantiene similar entre ambos países la relación inversa entre pobreza y nivel de informalidad; para 2017, en Honduras del total de personas en condición de pobreza extrema, el 94% tiene un empleo informal. Además, es interesante destacar que incluso para las personas no pobres, es más alta la frecuencia de empleo informal comparado con el empleo formal (60% y 40% respectivamente).

Gráfico 4: Porcentaje de empleo informal según condición de pobreza, Honduras y El Salvador, 2017



Fuente: Elaboración propia con datos de EHPM (2017) y EPH (2017)

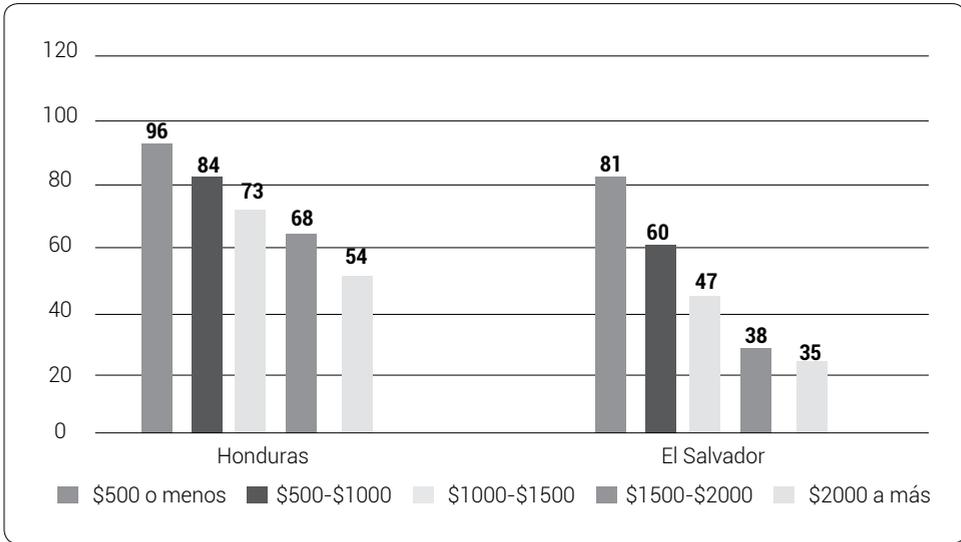
312

Relacionado a lo anterior, el ingreso mensual percibido es una variable que distingue los diferentes niveles de informalidad en un país. En El Salvador, para 2017, del total de personas que ganan más de \$2,000, existen 3 de cada 10 personas que tienen un empleo informal; sin embargo, las personas que tienen ingresos mensuales superiores a \$2,000 solo representan 2% del total del empleo informal no agrícola. El 48% de las personas con empleo informal perciben mensualmente ingresos menores a \$500 y el 37% tiene ingresos mensuales entre \$500-\$1000. En otras palabras, en El Salvador, a pesar que la mayoría de personas con empleo informal no están en condición de pobreza, la mayoría de las personas cuentan con ingresos mensuales bajos, lo que genera una situación delicada para caer en situación de pobreza en cualquier momento.

Para el caso de Honduras, para 2017, del total de personas que ganan más de \$2,000, existen 5 de cada 10 personas que tienen un empleo informal, este grupo de personas que tienen ingresos mensuales superiores a \$2,000 representan 21% del total del empleo informal no agrícola en Honduras. El 21% de las personas con empleo informal perciben mensualmente ingresos menores a \$500, además, y el 28% tiene ingresos mensuales entre \$500-\$1000. Por tanto, en Honduras y en

El Salvador, según incrementa el ingreso mensual percibido, es menos frecuente que una persona tenga un empleo informal.

Gráfico 5: Porcentaje de empleo informal según ingreso mensual percibido, Honduras y El Salvador, 2017



Cuando se buscan estrategias para el tránsito a la economía formal, es importante reconocer que es el sector informal quien está ofreciendo opciones de empleo para las personas desempleada. En El Salvador, cerca de la mitad del porcentaje de trabajadores desempleados que logran incorporarse al mercado de trabajo posterior a un año plazo lo hacen de manera informal con lo que quedan desprotegidos y sin prestaciones sociales (ELPS, 2013). Relacionado a ello, en El Salvador los datos permiten conocer la razón por la cual las personas que tienen empleo informal no agrícola no trabajaban como empleado permanente para 2017. El 61% de las personas reportaban no hacerlo porque no encontraban trabajo como asalariado, es decir, no lo hacen por elección propia. El 14% no trabaja como empleado permanente porque necesita flexibilidad con el tiempo de trabajo o debe cuidar hijos. El 8% prefiere no ser empleado permanente porque gana más dinero en su situación actual o porque no le gusta ser asalariado. Los datos muestran un fenómeno multidimensional que se presenta con diferentes ponderaciones, y que incluye cada una de las escuelas de pensamiento que se describen al inicio de este artículo.

A pesar que, los datos descritos anteriormente brindan una idea bastante clara de los factores que determinan diferencias en los niveles de informalidad, se realizó un modelo probit para corroborar el perfil probabilístico de las personas en el sector informal dentro del sector comercio, con el objetivo de brindar características sectoriales, y al reconocer la importancia en temas de informalidad del sector comercio, quien concentra el 48% del empleo informal en El Salvador, y el 36% en Honduras.

En el modelo probit, la variable dependiente (sinfcom) sería una opción binaria (dummy) entre pertenecer o no al sector informal dentro del sector comercio para Honduras y El Salvador. Se realizó un contraste de los perfiles de 2010 y 2017 de las economías de ambos países, y se calcularon los efectos marginales del modelo probit, para determinar el cambio de la variable dependiente provocado por un cambio unitario en una de las independientes manteniendo el resto constante. Los principales resultados para ambos países fueron:

- Para El Salvador, si una persona es hombre, la probabilidad de estar en el sector informal disminuye en 16 puntos porcentuales. Mientras que en Honduras la variable sexo no muestra mayor efecto, dado que ser hombre disminuye únicamente en 1.8% la probabilidad de estar en el sector informal.
- Para la variable edad, en El Salvador, inicialmente, por cada año de vida que incrementa una persona, la probabilidad de estar ocupado en el sector informal disminuye en 0.9%, es decir, las personas más jóvenes son quienes tienen mayor probabilidad de estar en el sector informal. Además, al considerar el efecto no lineal de la edad, se puede interpretar que incrementar al doble la edad, o sea estar mayor, incrementa la probabilidad de estar en el sector informal para el sector comercio. Para Honduras, se perciben efectos con igual dirección pero con magnitudes diferentes, para 2017, un año adicional disminuye la probabilidad de estar ocupado en el sector informal del sector comercio por 1.3%.
- Los años de estudio aprobados muestran considerables efectos marginales en la probabilidad, principalmente para El Salvador cuando se consideran los rangos más altos de estudio. Por ejemplo, para El Salvador, que una persona tenga más de 13 años de estudios, reduce 25% la probabilidad de estar en el sector informal, mientras que tener de 1-3 años de estudios no disminuye la probabilidad. Por otro lado, en Honduras se mantiene la relación inversa entre educación y años de estudios aprobados pero con menor magnitud de

impacto, por ejemplo, que una persona tenga más de 13 años de estudios, reduce 10% la probabilidad de estar en el sector informal (en el 2010 esta variable tenía un efecto marginal del 22%), mientras que tener de 1-3 años de estudios disminuye en 8% la probabilidad.

- En El Salvador, si una persona está ocupada en el área urbana, la probabilidad de estar en el sector informal disminuye en 3%, mientras que en Honduras, el efecto es mayor, así si una persona está en el área urbana, la probabilidad de estar en el sector informal disminuye en 11%.
- Para Honduras, las condiciones de hacinamiento generan un efecto en la probabilidad de estar ocupado en el sector informal, ya que por cada miembro adicional en el hogar representa un cambio en la probabilidad de estar en el sector informal aproximadamente del 2%. En El Salvador por otro lado no se presentan mayores cambios en la probabilidad de estar en el sector informal.
- Para El Salvador, por cada unidad que incremente el ingreso mensual percibido por una persona, la probabilidad de estar en el sector informal disminuye en 8.5%. Similar es el caso de Honduras, pero con una mayor magnitud, por cada unidad que incrementa el ingreso mensual percibido por una persona, la probabilidad de estar en el sector informal disminuye en 14%.
- Para El Salvador, si una persona está en condición de pobreza, es 7.8% más probable que sea parte del sector informal, mientras que en Honduras, el efecto marginal es del 3%.

En conclusión, las variables que tienen mayor efecto marginal en la probabilidad de estar empleado en el sector informal para el sector comercio varía entre Honduras y El Salvador, a pesar que los descriptivos mantenían varias similitudes. Para El Salvador las tres variables con mayor impacto marginal en la probabilidad son educación, principalmente tener más de 13 años de estudios (efecto marginal del -25%); la variable sexo, reflejada en ser hombre (efecto marginal del -16%), y los ingresos mensuales percibidos (efecto marginal del -8.5%). Para el caso de Honduras la variable con mayor efecto marginal es el ingreso (-14%), seguido de estar empleado en el sector urbano (efecto marginal -11%), y la variable educación, reflejada en tener más de 13 años de estudios aprobados (efecto marginal -10%).

V. Conclusiones y discusión sobre la economía informal

Los datos muestran que la economía informal no es un fenómeno que pueda abordarse desde una perspectiva única. Podría ser que en Honduras una política que desarrolle el área rural tenga un impacto pronunciado para reducir la informalidad, mientras que en El Salvador no sea el caso. Sin embargo, una política para mejorar los niveles de educación en El Salvador podría resultar más efectivo, dados los impactos que puede generar en la probabilidad de acceder al sector informal. Además, si la mejora en educación fuera acompañada en fortalecer el rol académico de las mujeres, así como su inserción en el mercado laboral, podría ser que la característica intrínseca del ser humano entre ser hombre o mujer ya no sea un factor que afecte con tanto impacto la probabilidad de tener un empleo informal.

Por otro lado, conocer quiénes son las personas que con mayor frecuencia, o que con mayor probabilidad poseen un empleo informal permite identificar poblaciones específicas para el diseño de políticas públicas sectoriales. Por ejemplo, los datos muestran tanto para El Salvador como para Honduras que bajos ingresos percibidos o condiciones de pobreza son características probables para alguien que tiene un empleo informal, entonces, los diseñadores de política pública en estos países podrían priorizar los esfuerzos para la transición a la economía formal en este grupo poblacional, tales como la mejora en educación.

La Recomendación de OIT sobre la transición de la economía informal a la economía formal, adoptada en la 104ª reunión CIT en 2015 contempla un modelo de intervención para facilitar una estrategia integrada de transición a la formalización, donde debe ser central el diálogo social y la coordinación tripartita -gobierno, sector sindical, sector privado.

Este modelo de intervención pasa por una fase de diagnóstico, de construcción, y finalmente de implementación y de monitoreo. Para que la intervención sea exitosa, se reconoce que, en primer lugar, debe de motivar a la formalización por medio de la maximización de los beneficios y la confianza al Estado frente a los costos de formalización. En segundo lugar, la intervención debe contar con controles directos e indirectos, donde los mecanismos directos se encargan de realizar un balance entre los incentivos del mercado de trabajo y penalidades; mientras que, en los controles indirectos, se debe trabajar en la confianza de los ciudadanos con el Estado. Finalmente, en el tercer aspecto, los cambios externos a la estrategia de informalidad pueden contribuir a la formalización como, cambios macroeconómicos (OIT, 2019b).

De esta manera, la elaboración de una estrategia integral se fundamenta en el diagnóstico de las causas y el estado de la informalidad en cada país. Por ello, se refleja la necesidad de profundizar el análisis de microdatos para series estadísticas que permitan contrastar en el tiempo factores se vuelven estructurales, es decir, se requieren análisis longitudinales. Además, se necesita realizar modelos multicausales que permitan establecer la relación por varias vías, bajo la premisa que la economía informal es un fenómeno complejo con poco análisis desde la perspectiva de microdatos.

VI. Bibliografía

- AGUILAR, M. (2019). Diagnóstico sobre economía informal en Honduras y El Salvador. Organización Internacional del Trabajo. Datos preliminares, documento por publicar
- Banco Mundial (2019). Informe sobre el Desarrollo Mundial: la naturaleza cambiante del trabajo. Recuperado de: <http://documents.worldbank.org/curated/en/767331554985479543/pdf/Main-Report.pdf>
- FERRERI, M., & SANYAL, R. (2018). Platform economies and urban planning: Airbnb and regulated deregulation in London. *Urban Studies Journal*. Recuperado de: <https://journals-sagepub-com.libproxy.york.ac.uk/doi/pdf/10.1177/0042098017751982>
- Guerra, A. (2007). Consideraciones teóricas acerca de la economía informal, el Estado y la Gerencia. Universidad Centroccidental Lisandro Alvarado.
- JING, E. (2019). Digital China's Informal Circuits: Platforms, Labour and Governance. *Media, Culture and Social Change in Asia*. Recuperado de: <https://www.crcpress.com/Digital-Chinas-Informal-Circuits-Platforms-Labour-and-Governance/Zhao/p/book/9781138737105#googlePreviewContainer>
- LEVY, S., & SZÉKELY, M. (2016). ¿Más escolaridad, menos informalidad? Un análisis de cohortes para México y América Latina. *El Trimestre Económico*.
- LITTLEWOOD, D., Rodgers, P., & Yang, J (2018). The price is different depending on whether you want a receipt or not: examining the purchasing of goods and services from the informal economy in South-East Europe. *The Service Industries Journal*.

- MACHADO, R. (2014). *La economía informal en el Perú: magnitud y determinantes (1980-2011)*. Secretaría General del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Lima. Recuperado de:
- OIT (2018). *Mujeres y Hombres en la Economía Informal: Un panorama estadístico*. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_635149.pdf
- OIT (2019a). *El Trabajo decente y la economía informal*. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_policy/documents/publication/wcms_229449.pdf
- OIT (2019b). *Academy on Employment, elective 4: transition to formality*.
- OIT (2019c). *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_645887.pdf
- PERRY, G., MALONEY, W., ARIAS, O., FANJNZYLBER, P., MASON, A., & SAAVEDRA-Chanduvi, J. (2008). *Informalidad: escape y exclusión*. Banco Mundial. Recuperado de: <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/889371468313790669/pdf/400080PUB0SPAN101OFFICIAL0USE0ONLY1.pdf>
- TORGLER, B., & SCHNEIDER, F. (2008). *The impact of Tax Morale and Institutional Quality on the Shadow Economy*. *Journal of Economic Psychology*. Recuperado de: <http://ftp.iza.org/dp2541.pdf>
- WIEGO (2012). *La economía informal: definiciones, teorías y políticas*. Recuperado de: <http://www.wiego.org/sites/default/files/publications/files/Chen-Informal-Economy-Definitions-WIEGO-WP1-Espanol.pdf>
- WILLIAMS, C. (2014). *The Informal Economy and Poverty: Evidence and policy review*. University of Sheffield. Recuperado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2404259
- WILLIAMS, C., Shahid, M., & Martínez, A. (2016). *Determinants of the Level of the Informality of Informal Micro-Enterprises: Some Evidence from the City of Lahore, Pakistan*. The University of Sheffield UK. Recuperado de: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0305750X1500220X>

WILLIAMS, C., MARTINEZ, A., & KEDIR, A. (2017). Informal Entrepreneurship in Developing Economies: The Impacts of Starting Up Unregistered on Firm Performance. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/303757598_Informal_Entrepreneurship_in_Developing_Economies_The_Impacts_of_Starting_Up_Unregistered_on_Firm_Performance

Publicado: Diciembre 2019
Lima-Perú