Laborem

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

Nº 5

Año 2005

Laborem 5

Revista de la Sociedad Peruana de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Año 2005

Laborem

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

5

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - 2005

© Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Av. De la Floresta 497, piso 5, San Borja
Teléfono: 372 7373
Fax: 372 7374
E-mail: spdtss@spdtss.org.pe
www.spdtss.org.pe
Cuidado de la edición: Alfonso de los Heros Pérez Albela y
Manuel Alonso Reyna Camino

Hecho el depósito legal en Biblioteca Nacional del Perú N° 2005 -3994

Tirada: 500 ejemplares
Setiembre 2005

Diagramación e Impresión: Ali arte gráfico publicaciones SRL
Américo Vespucio 110, Covima , La Molina
Teléfono: 349 6636 / 99381031
E-mail: aliarte@speedy.com.pe

Contenido

Presentación 11

Doctrina Constitucional 13

El Tribunal Constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas - interpretativas (normativas). 15
Víctor García Toma

Globalización y Libre Comercio 85

Dimensiones laborales de la globalización: Lo laboral en los procesos de integración y los tratados de libre comercio. 87
Mario Pasco Cosmópolis

Globalización y empleo 123
Raúl Saco Barrios

Dimensiones sociales de la globalización: Impactos previsibles en materia de empleo, formación e ingresos observados desde la particular visión de un profesional en gestión humana. 139
Eduardo Antonio Touzet Rodriguez

Relación entre el comercio internacional y las normas laborales. 167
Daniel Martínez

El proceso de integración de la Comunidad Andina de Naciones y los derechos laborales. 183
Leopoldo Gamarra Vílchez

El Control de las normas en el marco de la integración regional y de libre comercio 209
Adolfo Ciudad Reynaud

Los tratados de libre comercio suscritos por Chile y el sistema chileno de relaciones colectivas de trbajo 241
Emilio Morgado Valenzuela

SECCION DE ENSAYOS DEL CONCURSO LABORAL UNIVERSITARIO 267

Es posible la competencia o la regulación en salud 271
Karen Angeles

El seguro de desempleo. 299
Ernesto Alonso Aguinaga Meza

La naturaleza jurídica de la relación laboral del magistrado y la ratificación 329
Jessica Mercedes García Rosas

Inmunidad de los Estados: ¿ Límite a la protección judicial de derechos en materia laboral? Examen de la jurisprudencia nacional e internacional. 349
Giuliana Higuchi Matsuda

La responsabilidad social empresarial en el ámbito laboral 373
Laura Raquel Morillo Santa Cruz

La necesidad y constitucionalidad de la ley de reforma del régimen de pensiones de la 20530: fijando el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión 399
Valeria Galindo Valer

Concentración empresarial: ¿Por qué el grupo de empresas en el empleador? 431
Giuliana Paredes L.

La amenaza del acreedor fantasma 455
Análisis de los alcances, prioridades y conflictos del derecho persecutorio laboral dentro del sistema concursal peruano
Carlos Fernandéz Gates

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Junta Directiva (Período 2005 - 2007)

Presidente:	*Pedro G. Morales Corrales*
Vice Presidente:	*César Gonzáles Hunt*
Tesorero:	*Jorge Toyama Miyagusuku*
Pro Tesorero:	*José Butrón Fuentes*
Secretario:	*Raúl Saco Barrios*
Pro Secretario:	*Orlando Gonzáles Nieves*
Secretario de Biblioteca y Publicaciones:	*Alfonso de los Heros Pérez Albela*
Secretario de Eventos y Reuniones Científicas:	*Germán Ramírez Gastón Ballón*
Secretario de Relaciones Internacionales:	*Juan Carlos Cortés Carcelén*

Miembros Activos

Beatriz Alva Hart
Victoria Ampuero de Fuertes
Luis Aparicio Valdez
Elmer Arce Ortiz
Luis Arbulú Alva
Julio César Barrenechea Calderón
Jaime Beltrán Quiroga
Guillermo Boza Pró
José Andrés Butrón Fuentes
Martín Carrillo Calle
Adolfo Ciudad Reynaud
Juan Carlos Cortés Carcelen
Alfonso de los Heros PérezAlbela
Alfredo Chienda Quiroz
Víctor Ferro Delgado
Fernando García Granara
Leopoldo Gamarra Vilchez
César Gonzáles Hunt
Orlando Gonzáles Nieves
Ricardo Herrera Vásquez
Ricardo Marcenaro Frers
Víctor Mayorga Miranda
Pedro G. Morales Corrales
Carlos Guillermo Morales
Javier Neves Mujica
Luz Pacheco Zerga
Mario Pasco Cosmópolis
Luigino Pilotto Carreño
Germán Ramírez Gastón Ballón
Francisco Javier Romero Montes
Hugo Salas Ortiz
Wilfredo Sanguineti Raymond
Raúl Saco Barrios
Jorge Toyama Miyagusuku
Luis Vinatea Recoba
Edmundo Villacorta Ramírez
Alfredo Villavicencio Ríos
Jaime Zavala Costa
Roger Zavaleta Cruzado

Miembros Honorarios

Carlos Blancas Bustamante
Nestor de Buen Lozano
Héctor Hugo Barbagelatta
Jorge Claude Javillier
Fernando Elias Mantero
Oscar Ermida Uriarte
Guillermo Gonzáles Rosales (+)
Ricardo La Hoz Tirado (+)
Joaquin Leguía Galvez
Emilio Morgado Valenzuela
Ricardo Nugent Lopez Chavez
Manuel Alonso Olea (+)
Américo Plá Rodríguez
Mozart Víctor Russomano
Fernando Suárez González
Javier Vargas Vargas (+)

Presentación

La Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cumpliendo con su objetivo de promover la investigación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y difundir el conocimiento sobre estas materias, se complace en presentar el quinto número de su revista institucional **LABOREM**.

En esta oportunidad, hemos escogido tres tipos de ensayos. El primero elaborado por el Dr. Víctor García Toma, magistrado del Tribunal Constitucional y reconocido profesor universitario en la cátedra de Derecho Constitucional, quien con motivo del Décimo Cuarto Desayuno Laboral organizado por la Sociedad para sus miembros y que se llevó a cabo el 22 de julio del año en curso, expuso, con la brillantez que lo caracteriza, el tema "El Tribunal Constitucional, la Interpretación Constitucional y la Sentencias Manipulativas – Interpretativas (Normativas)", que permite a los lectores conocer los alcances de los nuevos métodos interpretativos que viene utilizando el Tribunal Constitucional al momento de resolver las acciones constitucionales, entre ellas las laborales y previsionales. Se trata pues de un documento de especial importancia que merece ser difundido en beneficio de jueces, abogados, profesores universitarios y estudiantes de derecho.

Un segundo grupo de ensayos está constituido por las ponencias que fueron presentadas por participantes peruanos en el Quinto Congreso Regional Americano realizado en Santiago de Chile entre el 26 y 28 de julio de 2005, varios de ellos, miembros de nuestra Sociedad, como es el caso de Adolfo Ciudad Reynaud, quien además es funcionario de la OIT; Leopoldo Gamarra Vilchez, Mario Pasco Cosmópolis y Raúl Saco Barrios. Debemos mencionar a otro participante perua-

no, Antonio Touzet Rodríguez. También hemos considerado importante incluir la ponencia de Daniel Martínez, en su calidad de Director Regional de la OIT y la de Emilio Morgado Valenzuela, Presidente del referido Congreso, y miembro honorario de nuestra Sociedad. Dichos ensayos están vinculados al estudio sobre las "Dimensiones Sociales de la Globalización: Relaciones de Trabajo y Protección Social en los Procesos de Integración, Tratados de Libre Comercio y el APEC". Consideramos relevante difundir en nuestra patria estos interesantes esfuerzos intelectuales y académicos.

Finalmente, nos es grato dar cabida en nuestra revista a los mejores ensayos presentados por estudiantes de Derecho de diversas universidades del país, con motivo del Concurso convocado por los organizadores del Primer Congreso Nacional de la SPDTSS, que se llevó a cabo entre el 27 y 29 de octubre de 2004 en la ciudad de Trujillo, denominado "Desafíos y Perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú". De esta forma nuestra Sociedad promueve entre los estudiantes universitarios la investigación y por ende el mejor conocimiento del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Setiembre de 2005
Pedro G. Morales Corrales
Presidente de la SPDTSS

DOCTRINA CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas-interpretativas (normativas)

Víctor García Toma

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima,
Magistrado del Tribunal Constitucional.

I. La naturaleza de la jurisdicción constitucional 1.1. Los objetivos de la jurisdicción constitucional 1.2. La acción integradora y las lagunas legislativas 1.3. La tipología de las lagunas legislativas II. La interpretación constitucional 2.1. Los tipos de interpretación constitucional 2.2. La interpretación constitucional y las indeterminaciones constitucionales 2.3. La interpretación constitucional y el problema de las contradicciones 2.4. La interpretación constitucional y las imprevisiones 2.5. Los principios hermenéuticos III. La jurisprudencia constitucional 3.1. La tipología de la jurisprudencia constitucional 3.2. El caso de las sentencias interpretativas manipulativas (normativas)
3.3. Las sentencias desestimativas.

La exposición apunta a develar la naturaleza de la jurisdicción constitucional, la tarea de interpretación en materia constitucional y la aplicación en nuestro país de las denominadas sentencias manipulativo-interpretativas (normativas).

A continuación pasamos a desarrollar someramente dicha materia.

I. LA NATURALEZA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Los órganos encargados del control de la constitucionalidad tienen una naturaleza funcional binaria; vale decir, constan de dos elementos: el jurídico y el político.

En efecto, Ángel Garrorena Morales ["Comentario al artículo 164" En: Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo XII. Madrid: Edusa, 1999] señala que "la actividad (...) de la jurisdicción constitucional se presenta como

acto procesal, como una actividad destinada a la interpretación e integración creadora del Derecho y como una decisión política (...)".

Concordantemente el Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad seguido por los Colegio de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra la Ley Nº 27600 de Reforma Constitucional del Régimen Pensionario (Expedientes Nº 0050-2004 y otros AI/TC-2005) ha señalado "que dada su condición de supremo intérprete sustenta la validez funcional de su actuación justamente en la naturaleza de la Constitución. Desde el punto de vista estructural y funcional, la Constitución es la norma que fundamenta el sistema jurídico y político democrático".

En tal sentido, siguiendo a Heinrich Triepel [Derecho público y político. Madrid: Civitas, 1986] ha enfatizado que "(...) el derecho público no tiene otro objeto que lo político".

El primer elemento es jurídico en la medida en que dirimen conflictos y controversias vinculadas con las conductas institucionales sujetas a un orden coactivo, mediante decisiones que adquieren la autoridad de cosa juzgada y que son factibles de ejecución.

El segundo elemento es político en la medida que ejercitan dos de las funciones de gobierno: la contralora y la gubernativa.

Así, mediante la *función contralora* devienen como bien plantea Alfonso Santiago (h) ["Los modelos institucionales de la Corte Suprema". En: Función política de la Corte Suprema. Buenos Aires: Aboco, 2000] en una suerte de "contrapoder" en tanto cautelan que las actividades legislativas y las conductas de direccionalidad política sean compatibles y armoniosas con la Constitución; la que como tal deviene simultáneamente en el proyecto de vida comunitaria pactado por el pueblo, en el estatuto de poder de las relaciones entre gobernantes y gobernados, en la póliza de salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona y en la base y fundamento del orden político-jurídico.

César Landa Arroyo [Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Lima: Palestra, 2003] expone que "el rol del Tribunal Constitucional no puede estar ale-

jado sino inserto en el sistema de control y balance de poderes, en particular con el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

Al respecto, Eduardo Oteiza [Citado por Alfonso Santiago H. "Los modelos institucionales de Corte Suprema". En: Función política de la Corte Suprema. Buenos Aires: Depalma, 2000] señala que "la atribución de declarar la inconstitucionalidad del accionar de los poderes determina que (...) participen en el terreno de la política de Estado al constituirse en la pieza de control más importante del sistema constitucional".

Igualmente, ejecutan incidentalmente una *función gubernativa* en la medida que algunas de sus decisiones determinan el trazado de especificas políticas globales e incentivan la ejecución de acciones concretas destinadas a su verificación en la praxis política.

Manuel Medina Guerrero [Citado por Javier Alva Orlandini. En: Memoria del Presidente del Tribunal Constitucional, 2002-2004. Lima, 2004] expone que "desde el momento en que el Tribunal Constitucional está llamado a garantizar la efectiva vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos (...) consiguientemente a de pronunciarse sobre la actuación del Parlamento y el Gobierno, se hace evidente, que a menudo, presenten una notable carga política las controversias que se le plantean, y que, paralelamente, sus decisiones puedan (...) tener repercusiones de tal índole".

Emilio Fernández Vásquez [Diccionario de derecho político. Buenos Aires: Astrea, 1981] señala que la *función gubernativa* no solo comprende la manifestación de actos políticos, sino que se expresa también en la ejecución directa de una norma constitucional para la seguridad y el orden del Estado. Expone que se trata de "una actividad de orden superior referida a la dirección suprema y general del Estado, dirigida a determinar los fines de la acción del Estado, a señalar las directivas para las otras actividades de orden diverso y a coordinar el ejercicio de otras funciones, buscando la unidad de orientación que corresponde a la fundamental unidad de la soberanía estatal".

La función política de los órganos encargados del control de la constitucionalidad queda patentizada, en su esfuerzo para preservar el orden constitucional y los derechos y las libertades ciudadanas. En ese contexto opera como

un poder moderador y corrector de los excesos o incurias funcionales de los poderes constituidos.

Es evidente que tras la actuación de los órganos encargados de la jurisdicción constitucional en pro del afianzamiento de los mandatos, valores y principios constitucionales, estos por sí mismos despliegan una función política al "encauzarse" la forma y modo de actuación de los poderes públicos y la conciencia ciudadana.

En ese contexto aparecen la *potestatum correctionen* y la *potestatum moderaru* que se dirigen de un lado a corregir, enmendar y rectificar lo defectuoso derivado de la acción política de los poderes constituidos y también a moderar, reducir o hacer que estos actúen en su justa medida establecida por la Constitución.

El elemento político surge en las cinco circunstancias siguientes:

- Al declararse fundada una acción de inconstitucionalidad se abroga una ley o una norma con rango de ley, por consiguiente, los magistrados constitucionales aparecen como legisladores negativos.
  Alfonso Santiago (h) ["Los modelos institucionales de la Corte Suprema". En: Función política de la Corte Suprema. Buenos Aires: Aboco, 2000] señala que los órganos de control de la constitucionalidad "ejercen poder político ya que hacen prevalecer su decisión sobre lo dispuesto por el Poder Ejecutivo o Legislativo" (...) Asimismo, declara que la imposición "frente a los otros detentadores del poder, es en realidad una decisión política".
  El propio Karl Loewenstein [Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1976] expresa que cuando los órganos de control jurisdiccional ejercen dicha actividad "dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por propio derecho en detentadores de un poder semejante, cuando no superior, a los de otros detentadores del poder instituido".
- Al declararse fundada una acción de inconstitucionalidad por ocio legislativo, por consiguiente, puede ordenarse –entre otras opciones– la expedición inmediata de una ley reglamentaria de la Constitución.
- Al plantearse un caso de conflicto de competencia, se resuelve la discrepancia de orden competencial entre dos órganos u organismos constitucionales, a efectos que se determine la titularidad de las mismas, así como se anulen las disposiciones, resoluciones u actos viciados de incompetencia.

En consecuencia, el pronunciamiento sobre la titularidad de una competencia y la carencia de legitimidad de una determinada decisión emitida con vicio de poder de actuación de por medio, rebasa lo meramente jurídico y alcanza los fueros de una función política.

- Al emitirse una sentencia interpretativa manipulativa, una ley impugnada de inconstitucionalidad "sale" del proceso constitucional con un alcance y un contenido normativo diferente al que originalmente la había asignado el órgano legisfererente; por ende, los magistrados constitucionales ejercitan una actividad paralegislativa.
- Al resolverse una controversia o conflicto de naturaleza constitucional, la decisión surge luego de una predeterminación de las consecuencias políticas, sociales y económicas que estas ocasionan sobre la actividad del Estado y sobre la vida cotidiana de los ciudadanos.

Es incuestionable que el fenómeno de lo político no solo se presenta en el ámbito de la decisión sino que abarca el referido a la reflexión. Así Otto Bachof ["Nuevas reflexiones sobre lo jurisdiccional entre derecho y política". En: Boletín Mexicano de Derecho Constitucional. México: UNAM, 1986] señala:

"Considero indudable también, según mi propia experiencia como juez constitucional, que las reglas constitucionales no pueden ser interpretadas en muchos casos sin recurrir a valoraciones políticas (...). El juez constitucional aplica ciertamente derecho. Pero la aplicación de este derecho implica necesariamente valoraciones políticas a cargo del juez (...)".

En efecto, la interpretación constitucional tiene la responsabilidad de afirmar los principios y valores contenidos en la Constitución; vale decir, contribuye decididamente en asentar la ideología, la doctrina y el programa político inserto en dicho texto.

La función política de los órganos encargados del control de la constitucionalidad se liga con los orígenes mismos de la institucionalización de la jurisdicción constitucional.

Al respecto, Alberto Spota ["Origen histórico del poder político de la Corte Suprema de Justicia en os Estados Unidos". En: Función política de la Corte Suprema. Buenos Aires: Abaco, 2000] señala que la Constitución de los Estados

Unidos (1787) estableció mediante los artículos III y VI, la concepción de un Poder Judicial (órgano encargado del control de la constitucionalidad) como poder administrador de justicia y simultáneamente como un ente con funciones políticas.

En ese contexto, Alberto Spota señala que "lo esencial es que lo judicial no solo es capacidad para administrar justicia, sino fundamentalmente poder político para compeler al cumplimiento de la distribución de competencias entre el Estado federal y los Estados miembros".

Dicha concepción apareció en el contexto de la fallida experiencia confederacional (1776-1787) en donde los estados miembros atentaron contra la unidad del conjunto, como consecuencia de los conflictos de competencia entre el órgano confederal y el derecho de nulificación de los cuerpos políticos miembros. Es por ello que surgió la necesidad de arbitrar dicha problemática política.

A través de esta función política asignada al Poder Judicial se proyectaba evitar la desintegración nacional, a consecuencia, de los conflictos de determinación de competencias nacionales y locales.

Más aún, con la posterior aprobación de la Judiciary Act en 1789 se estableció el mecanismo del recurso extraordinario, que no tuvo esencialmente el objeto de dirimir un conflicto entre partes en pugna, sino fundamentalmente obligar al respeto de la distribución de competencias entre la instancia federal y las instancias locales, para así consolidar la identidad del Estado federal.

La singular naturaleza de los órganos encargados del control constitucional se resume en las afirmaciones del presidente norteamericano Theodore Roosevelt (p.1901-1908) cuando en 1902 señaló lo siguiente:

"Los jueces de la Suprema Corte del país, deben ser no solo grandes jurisconsultos, sino deben ser también grandes y constructivos estadistas".

1.1. Los objetivos de la jurisdicción constitucional

La jurisdicción constitucional se orienta a afirmar el principio de "soberanía" constitucional, la racionalización del ejercicio del poder, la vigencia plena de los

derechos fundamentales de la persona y la acción interpretativa e integradora de la Constitución.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La afirmación del principio de "soberanía" constitucional

Alude a las cualidades o propiedades centrales de la Constitución en lo relativo a su incontrastabilidad, incondicionalidad, irrenunciabilidad e imperio sobre los poderes constituidos al interior del Estado.

En ese sentido es notorio que frente a los mandatos de la Constitución no cabe oposición, resistencia u obstáculo que impida su verificación práctica; los cuales no pueden ser objeto de transferencia, cesión o delegación por parte de los obligados ante ella; amén de superponerse en su juridicidad y valor político sobre cualquier acto o norma emanada de los poderes constituidos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

Es de verse que el orden jurídico y político del Estado, se encuentra estructurado sobre la base del imperio de la Constitución que obliga simétrica y homólogamente a gobernantes y gobernados.

En función a los alcances de la "soberanía" de la que la Constitución es portadora, esta se impone dentro de una comunidad política en dos aspectos:

En el primero, la Constitución aparece en el ápice de la pirámide jurídica de un Estado, constituyéndose, por lo tanto, en la fuente y fundamento de todas las demás normas restantes imperantes dentro del Estado; no admitiéndose formal o sustancialmente contradicción alguna.

En el segundo, la Constitución aparece en el ápice del orden político al constituirse en la fuente de legitimación del poder político, ya que como bien afirma José Rivera S. ["Recurso de inconstitucionalidad en Bolivia". En: Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM, 2002] esta "tiene implícita toda una filosofía que sirve de orientación no solo a los gobernantes sino también a los gobernados".

La "soberanía" de la Constitución resulta del hecho que esta es la que establece y organiza las competencias de los órganos dotados con poderes políticos, por lo que es superior a las autoridades que se encuentran investidas con las competencias de la naturaleza descrita.

Es dable consignar que del principio de "soberanía" constitucional se desprenden las reglas de supremacía jerárquica y de control de la constitucionalidad.

b) La racionalización del ejercicio del poder

Con ello se busca organizar la sujeción del ejercicio del poder público al control del derecho, así como armonizarlo con los fines y valores políticos y jurídicos que este busca alcanzar en el plano de la sociedad.

Como bien afirmara James Madison [El Federalista. Méjico: FCE, 1957]:

"Si los hombres fueran ángeles, no sería necesario el gobierno. Si ángeles fueran a gobernar a los hombres no sería necesario ningún control interno o externo sobre el gobierno. En la organización de un gobierno administrado por hombres sobre otros hombres (...) lo primero que se debe hacer es permitir al gobierno que controle a los gobernados; y luego obligarlo a controlarse así mismo".

Es por ello que se crea un conjunto de órganos y mecanismos procesales vinculados con la tarea de examinar integralmente la constitucionalidad de las normas que se dictan en el seno de una colectividad política, y que además permiten resolver los conflictos de competencia que pudieran presentarse entre los órganos con poder estatal y los demás organismos constitucionales.

c) La vigencia plena de los derechos fundamentales

Con ello se busca asegurar el respeto y protección de los derechos básicos de la persona humana.

Como bien afirma Giancarlo Rolla ["El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo". En: Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM, 2002] "la justicia constitucional ha representado la principal y

más eficaz respuesta del Estado democrático a la exigencia de asegurar una tutela efectiva de los derechos fundamentales de la persona garantizados por las cartas constitucionales: por lo tanto, constitucionalismo y justicia constitucional constituyen hoy un binomio indivisible".

En ese contexto, es claro que adicionalmente a su rol de cautelador de la defensa de los derechos fundamentales de la persona, también actúa en pro de la difusión, generalización e implementación de los mismos.

d) La afirmación de la acción interpretativa e integradora de la Constitución

Con ello se busca afirmar los valores y principios políticos y jurídicos contenidos en el *corpus* constitucional, así como asegurar su correspondencia con la realidad, amén de preservar su vocación de presencia permanente.

Mediante la acción interpretativa se determinan o asignan los sentidos y alcances de las normas constitucionales, en relación con un suceso o conjunto de sucesos frente a los cuales pueden o deben ser aplicados. En ese contexto, la interpretación constitucional se consagra cuando al percibir *in totum* los elementos que integran la norma objeto de determinación, se elige aquella facultad o deber comprendido en ella, que se adecua a los fines y valores que cimientan el *corpus* constitucional.

Mediante la acción integradora se suplen las omisiones o defectos en que pudiere haber incurrido la Constitución. Así, ante la existencia de una laguna normativa se "crea" o "recrea lógicamente" a favor del ordenamiento constitucional, una disposición jurisprudencial que permita asegurar la "vivencia" de los principios y valores del texto fundamental del Estado.

1.2. La acción integradora y las lagunas legislativas

A pesar de que todo orden jurídico por su característica de normatividad sistémica posee unidad y coherencia, ello no impide descubrir en él la existencia de lagunas normativas que ocasionan problemas para la consecución de los fines y valores que este intenta alcanzar dentro de una comunidad.

Como bien lo puede acreditar la actividad jurisdiccional, por muy minuciosas y casuísticas que puedan ser sus normas, ningún orden jurídico puede prever o adelantar solución a la pluralidad de casos que la realidad siempre cambiante plantea. Es del caso, que como afirma José María Díaz Couselo [Los principios generales del derecho. Buenos Aires: Plus Ultra, 1971] "la vida se renueva sin cesar y nuevas necesidades se presentan, las cuales no caben dentro de la fórmula rígida e inflexible de la ley"; lo que es más notorio aún, en momentos de profundas transformaciones sociales.

En la tarea por la defensa de los derechos constitucionales y el logro de una administración de justicia eficiente se evidencia que la aparición de la realidad existente al momento de la elaboración normativa y la aparición súbita de circunstancias no previstas en el ordenamiento jurídico, incrementa la posibilidad de que un funcionario público se encuentre en la encrucijada de no saber cómo resolver los entuertos; más aún, a la falta de una adecuada regulación jurídica se agrega el hecho de existir normas que, a primera vista, parecen contemplar en su supuesto el hecho en consideración, empero, al momento de ser aplicadas resulta que llevan a una solución parcial, absurda o injusta.

José Puig Brutau [Introducción al derecho civil. Barcelona: Bosch, 1981] señala, que "si la ley fuese completa aunque no se expresara con claridad, su interpretación bastaría para resolver todas las cuestiones que pudieran presentarse. Pero como no puede alcanzar la perfección, ni puede haber tenido el don profético de anticiparse a todas las posibilidades del futuro, no hay duda que su insuficiencia no tardaría en manifestarse y que sea necesario integrar el ordenamiento jurídico".

Máximo Pacheco G. [Teoría del derecho. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1984] refiere que cuando un funcionario público llamado a resolver un asunto descubre que los métodos de interpretación son impotentes para ofrecer una solución al problema legal, tiene el deber de dejar de ser intérprete, para asumir un "papel" semejante al del legislador. Así, de no encontrar un precepto aplicable a un caso particular y concreto deberá hacer uso de los procedimientos que la ciencia jurídica le brinda para cubrir las lagunas normativas. La insuficiencia de la ley no puede relevarlo de la obligación que tiene de resolver las controversias dentro del ámbito de sus atribuciones.

Las lagunas aluden a las hipótesis no previstas por el legislador; es decir, a aquellos espacios vacíos que ha dejado en la ley por olvido, imprevisión, ocio o imposibilidad de predeterminación.

Luis Diez Picazo [Sistema de derecho civil. Madrid: Tecnos, 1984] refiere que "la expresión *laguna* es usualmente empleada, por supuesto en sentido metafórico, para aludir a los posibles vacíos o huecos normativos. Por expresarlo con un símil, el ordenamiento jurídico sería algo así como, un queso de bola, lleno en su mayor parte de masa, pero con ciertas oquedades".

Karl Engisch [Introducción al pensamiento jurídico. Madrid: Guadarrama, 1967] sostiene que denotan la insuficiencia del derecho vigente, percibida como una ausencia de regulación jurídica de determinadas situaciones objetivas, por lo cual se permite una decisión judicial que lo complemente.

El funcionario administrativo al momento de resolver una controversia, puede descubrir que las reglas de interpretación devienen en impotentes para ofrecerles las pautas de solución que busca. Ante ello, para cumplir con su misión, se ve en la necesidad de formular una "norma individual" para el caso.

Por ende, este deja de ser intérprete y asume un papel similar al de un legislador.

Es dable consignar que José Puig Brutau [Introducción al derecho civil. Barcelona: Bosch, 1981] acertadamente refiere que el problema de las lagunas es propio y específico del sistema jurídico románico-germánico.

Así, en los países adscritos al sistema angloamericano (Common Law) si bien se reconoce la existencia de huecos o vacíos de regulación (gaps), de casos no previstos (improvided cases) o de casos de primera impresión (cases of first impression) las lagunas son parte constitutiva del sistema, en razón a que la solución de las controversias proviene de los precedentes judiciales vinculantes.

Las lagunas son el resultado de la existencia de deficiencias y defectos técnicos en la legislación.

Las *deficiencias* implican los vacíos propiamente dichos; expresan la inexistencia de una norma para resolver un caso en la vía judicial o administrativa. Los *defectos* implican la presencia de contradicciones normativas.

Ahora bien, como veremos más adelante con mayor detenimiento, la expresión defecto tiene también una significación vulgar o una técnica. En este caso, dicha expresión alude según la Real Academia de la Lengua Española a lo siguiente:

"Defecto *(lat. Defectum)* carencia de las cualidades propias de una cosa. Imperfección natural (...). Vicio de una cosa, que disminuye su valor".

Así, la expresión defecto presenta un doble sentido: en el primero, como una contradicción normativa; y en el segundo, como una normatividad inconveniente, inexacta, inadecuada por los fines de la Constitución y, por ende, de vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona.

El origen de las lagunas desde una perspectiva técnica puede tener fundamento en alguna de las cuatro causas siguientes:

a) Cambio en los patrones culturales de una sociedad.
b) Falta de previsión por parte del legislador.
c) Abrupto adelanto científico o tecnológico que desborda o transforma la sociedad.
d) Ocio intencional del legislador.

Ahora bien, José Puig Brutau [Introducción al derecho civil. Barcelona: Bosch, 1981] señala, que existen dos situaciones en donde no puede hablarse propiamente de lagunas normativas, a saber:

a) Cuando se trata de aspectos de la vida social no sometidos al arbitrio jurídico; es decir, libres de la interferencia de la voluntad legislativa.

Al respecto, Karl Larenz [Metodología de la ciencia del derecho. Barcelona: Ariel, 1978] plantea que solo existen lagunas normativas cuando se trata de cuestiones que han de estar jurídicamente reguladas según la concepción cultural de cada momento y lugar.

En esa perspectiva Mario Alzamora Valdez [Introducción a la ciencia del derecho. Lima: Liborio Estrada, 1972] estima que "el sector de lo no jurídico está comprendido por todo aquello que se encuentra fuera de los límites del derecho y que escapa, por tal razón, a la regulación de sus preceptos. Tales los casos, de las situaciones derivadas de las relaciones del hombre con Dios; la conducta interna; ciertas libertades; el amplio sector de la vida humana que abarca los lazos de familia y de amistad; y el que se halla sometido a las reglas de trato social, la ciencia, el arte, la economía, la técnica (...) etc.".

b) Cuando se trata de aspectos de la legislación que pudieren necesitar una mejor formulación normativa.

Al respecto, Karl Larenz [Metodología de la ciencia del derecho. Barcelona: Ariel, 1978] señala, que debe distinguirse coherentemente entre la necesidad o conveniencia de mejorar el ordenamiento jurídico y aquello que signifique falta de previsión normativa en el conjunto del ordenamiento jurídico.

La inapropiada formulación normativa no configura una laguna; por consiguiente no auspicia su colmación vía la utilización de la técnica de integración. En todo caso, dicha circunstancia requeriría de la reforma de dicho texto.

1.3. La tipología de las lagunas legislativas

a) Cuando hay falta de ley

Dicha circunstancia se produce cuando el legislador no puede prever por razones fácticas los hechos y situaciones derivadas del progreso social, científico y tecnológico.

Al respecto, Luis Diez Picazo y Antonio Gullón [Sistema de derecho civil. Madrid: Tecnos, 1990] señalan, que ello se produce cuando se comprueba "la falta absoluta de toda norma legal aplicable a una materia dada; la cual sin embargo, se presenta como jurídica y reclama una solución de dicha naturaleza".

En puridad, se presenta como una laguna de regulación o de contenido.

En los últimos años la humanidad ha sido sacudida, entre otros, por la aplicación de los siguientes descubrimientos e inventos:

En 1984 nace en Australia el primer bebé probeta a partir de un embrión congelado. Ello se propiciará a partir de la primicial experiencia de los científicos C. Edwards y P. Steptor.

En 1997 un grupo de científicos británicos crean la oveja Dolly, primer mamífero clonado a partir de una célula adulta. Ello se propiciará a partir de la primicial experiencia del científico S. Wiledson de producir un animal idéntico por la transferencia de un núcleo celular a un huevo fecundado.

De dicho vertiginoso avance científico se derivarán una serie de problemas jurídicos no previstos por razones lógicas en nuestro ordenamiento jurídico; tales como el préstamo del claustro materno, el alquiler de vientre, la fecundación con semen ajeno, el congelamiento de embriones, la concepción en probeta, la inseminación artificial, la clonación de seres humanos, etc.

b) Cuando la ley solo plantea una orientación genérica

Dicha circunstancia se presenta cuando la ley se circunscribe a señalar conceptos o criterios no determinados en sus particularidades, los que deben ser investigados en cada caso concreto.

Estas leyes son meras directivas que se caracterizan por trazar solo las líneas generales de las acciones a cumplir por el aplicador del derecho, a efectos que este dentro de sus lineamientos colme los vacíos legislativos que impiden solucionar un concreto problema jurídico.

En puridad, se presenta como una laguna intra normativa; es decir, al interior de la propia disposición.

En este tipo de normas la directriz se remite a que el aplicador del derecho resuelva con fundamento en aspectos tales como la buena fe, los usos del tráfico comercial, la equidad, la moral social imperante, la costumbre, etc.

c) Cuando existe la regulación jurídica de una materia, pero sin que la ley contenga una norma que cubra alguna de sus áreas de conflicto coexistencial

Dicha circunstancia se produce por un defecto de regulación, la que revela que la ley deviene en incompleta conforme a la propia finalidad que motivó su expedición; es decir, tal como expone José Puig Brutau [Introducción al derecho civil. Barcelona: Bosch, 1981] existe una imperfección axiológicamente contraria a la misma ley.

En puridad, se presenta como una laguna por imperfección técnico-axiológica.

A guisa de ejemplo, puede citarse los primeros casos en que se intentó regular la edificación en suelo ajeno, obviándose por defecto técnico el área problemática de la construcción en suelo parcialmente ajeno.

d) Cuando la ley deviene inaplicable por abarcar casos o acarrear consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber conocido aquellas o sospechado éstas

Dicha circunstancia se produce cuando la ley intenta abarcar *in totum* una pluralidad de casos. En ese contexto, surge uno en particular que si bien cae dentro de la regla preestablecida, en cambio resulta completamente inadecuado o irrazonable en cuanto a la aplicación de sus consecuencias judiciales, de modo tal que si el legislador pudiera haber prevenido dichos resultados obviamente no los habría incluido en el ámbito de la regla.

En puridad, se trata de una laguna por consecuencia jurídica absurda.

Es contrario a la razón jurídica y a los valores y principios del derecho propiciar soluciones que fundadas en una aplicación abstracta de la ley, que violentare dichas nociones.

Una situación de este tipo se verificó con la famosa enmienda XVIII de la Constitución de los Estados Unidos, dictada con el objeto de desterrar el consumo de alcohol, prohibiendo su importación, exportación, producción y consumo. El efecto creado por el legislador fue distinto al previsto, pues se originó una mayor inquietud por su consumo en la población y se generaron y consolidaron mafias organizadas en torno a su comercialización.

Igual situación se suscitó con la Resolución Cambiaria N° 015-87/EF/901, expedida por el Banco Central de Reserva el 16 de junio de 1987, por la cual el Estado facilitó la adquisición de moneda extranjera a través de los bancos privados con el objeto de acabar con su compra en el denominado mercado negro (Jirón Ocoña, Lima). Esta medida motivó que los trabajadores bancarios encargados de la venta de moneda extranjera la autocompraran y revendieran en plena calle, a precios exorbitantes, con lo que el mercado negro se amplió, contradiciendo el objetivo de la norma.

La aceptación de este tipo de laguna permite romper con el hieratismo y el fetichismo legislativo.

e) Cuando dos leyes, sin referencia alguna entre sí, se contradicen, con lo que se hacen recíprocamente ineficaces

Dicha circunstancia se describe como *antinomia*, se genera por la existencia de dos leyes que simultáneamente plantean consecuencias jurídicas distintas para un mismo hecho, acontecimiento o suceso. Recordemos que cuando la antinomia es *directa* esta se resuelve mediante las *reglas de coherencia*; en cambio cuando es indirecta –leyes sin referencia alguna entre sí– obliga a la integración jurídica.

Estas contradicciones pueden ser clasificadas de la siguiente manera:

- ***Contradicciones técnico-legales***

Surgen cuando dos o más leyes carecen de unidad en la definición y conceptualización técnico-lógica. Es el caso de la denominación *funcionario,* para disciplinas como el derecho penal, el derecho constitucional y el derecho administrativo.

- ***Contradicciones de principio***

Surgen cuando dos o más leyes plantean criterios rectores en abierta contradicción con la armonía, racionalidad y sistematización de un ordenamiento. Es el caso del *indubio pro reo* aplicable por los magistrados judiciales y el *indubio pro societas* utilizable por los fiscales.

Es del caso, que dentro de un mismo proceso judicial y en razón al mismo justiciable aparece que el representante del Ministerio Público acusa a pesar de no tener pruebas objetivas de la comisión de un ilícito penal; en tanto que el juez absolverá por la misma razón.

En puridad, en una laguna por antinomia indirecta se presentan los tres casos siguientes:

-Incompatibilidad entre una ley que manda hacer algo y otra que lo prohíbe.
-Incompatibilidad entre una ley que manda hacer algo y otra que permite no hacerlo.
-Incompatibilidad entre una ley que prohíbe hacer algo y otra que permite hacerlo.

La antinomia indirecta parte del supuesto de leyes incompatibles que tienen la misma validez jerárquica en el tiempo y en el espacio, empero, inspiran sus consecuencias jurídicas en fines o criterios ideológicos contrapuestos: la libertad y el orden; el interés público y la seguridad jurídica de los particulares; etc.

A guisa de ejemplo, tenemos el caso que se presentaba en torno al juzgamiento de senadores y diputados del Congreso configurado por la Constitución de 1979, situación regulada en el respectivo reglamento de cada cámara. Según el reglamento de la Cámara de Diputados, estos solo podían ser juzgados por la Corte Suprema, con prescindencia de que el ilícito imputado fuere común o debido al ejercicio anómalo de la función. En cambio, según el reglamento de la Cámara de Senadores, estos eran juzgados por la Corte Suprema en los casos de comisión de un delito de función, y por el juez penal en caso de que el delito fuere de naturaleza común.

La contradicción sin referencia directa (antinomia indirecta) surgía en razón de que, de conformidad con lo establecido implícitamente en el artículo 176 de la Constitución de 1979, los senadores y los diputados tenían el mismo rango, derechos, obligaciones y prerrogativas, por lo que no era aceptable someterlos a dos vías jurisdiccionales distintas para los casos de delito común (como señala un viejo principio del derecho: "donde existe la misma razón, existe el mismo derecho").

Similar situación de antinomia surge cuando el Decreto Legislativo N° 703 de fecha 5 de noviembre de 1991, denominado Ley de Extranjería, establece que la

calidad migratoria de un extranjero con visa de negocios se produce cuando este ingresa al país sin ánimo de residencia, no pudiendo percibir en este caso rentas de fuente peruana; mientras que el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta de fecha 18 de agosto de 1999 señala, que el extranjero con visa de negocios sí puede, durante su permanencia en el país, realizar actividades sufragadas de fuente peruana.

f) Cuando debido a nuevas circunstancias surgen cuestiones que el legislador no tuvo oportunidad de prever en la ley dictada, por lo que literalmente no están comprendidas en ella, aunque por su finalidad pudieron estarlo de haberse conocido anteladamente

Dicha modalidad planteada por José Puig Brutau [Introducción al derecho civil. Barcelona: Bosch, 1981] hace referencia a la aparición súbita, inesperada y no predecible de situaciones de naturaleza disímil –políticas, económicas, sociales, tecnológicas, científicas– que se manifiestan con posterioridad a la dación de la ley; generando un "hueco normativo" que hubiere podido ser cubierto por el propio legislador, en caso que el *iter* legislativo hubiese sido promovido cronológicamente con posterioridad a dicha inédita situación.

Cabe señalar, que en este caso se trata de circunstancias diferentes en sus supuestos, mas no opuestos a la finalidad perseguida por el legislador en lo referente a la expedición de la ley.

g) Cuando los alcances de una ley no producen efectos jurídicos por razones de ocio legislativo

Dicha modalidad, aparece como consecuencia de transgresiones a la Constitución o la ley, por ocio, incuria, negligencia, etc., del órgano legislador-reglamentador. En puridad, dicho tipo de laguna surge como consecuencia de la abstención funcional en la elaboración de actos legislativos.

Esta omisión, inactividad, inacción, o un *non facere* por parte del legislador en sentido genérico, se presenta como un desobedecimiento del encargo que la propia Constitución o la ley le ha formulado al legislador, para que dicte una norma que haga viable su ulterior desarrollo

José Fernández Rodríguez [La inconstitucionalidad por omisión. Derecho comparado. Madrid: Civitas, 1998] señala, que dicha omisión alude a "la falta de desarrollo por parte del ente legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas de obligatorio y concreto desenvolvimiento, de forma tal que se impide su eficaz aplicación".

Como refiere Edgard Carpio Marcos ["La inconstitucionalidad por omisión legislativa. A propósito de la jurisdicción constitucional en el Perú". En: El Jurista, Revista Peruana de Derecho, Nº 1. Lima, 1991] la Constitución puede ser burlada o quebrantada, "al no cumplirse con su mandato, por aquellos órganos derivados que tienen la obligación de satisfacer estas exigencias constitucionales a través de la reglamentación legislativa. Ello implica determinar la existencia de ocio o negligencia por parte del legislador en la reglamentación de un precepto, que requiere de esta para alcanzar plena eficacia".

Al respecto, no debe olvidarse que, como expresa Conrad Hesse [Constitución y derecho constitucional. Madrid: Marcial Pons, 1966] la naturaleza de la normatividad constitucional radica en que "pretende tener vigencia, es decir, realizar el Estado por ella normado". Así, la ineficacia de una cláusula constitucional –fruto de una inacción o dejación legisferante– implica en la práctica una disfunción en el ordenamiento jurídico, que promueve negativamente una suerte de fraude, engaño y falseamiento del orden jurídico del Estado. Por ende, la omisión legislativa que deriva en una ineficacia de una parte de la Constitución o de una ley, constituye un quebrantamiento que debe ser necesariamente conjurado.

II. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Denomínese como tal, al proceso mediante el cual se determina o asigna un sentido a las normas contenidas en el texto fundamental.

Juan B. Alberdi [Bases y puntos de partida para la organización práctica de la República Argentina. Buenos Aires, 1981] ha señalado "que la interpretación (...) es el medio para remediar los defectos de la ley. La ley es un Dios mudo: habla por boca del magistrado".

El papel de los hermeneutas constitucionales consiste en declarar el significado y alcance de las normas constitucionales. Tal declaración se efectúa cuando, al

percibirse *in totum* los fenómenos políticos y jurídicos que integran la norma objeto de interpretación, se elige aquel "sentido" que mejor se adecue a los valores y fines que esa norma intenta consagrar en el seno de la sociedad política.

Al respecto, no debe obviarse el hecho de que los preceptos constitucionales tienen una doble particularidad:

a)Son normas primarias y no derivadas del sistema político-jurídico.
b)Son normas indesligables y constituyentes de los hechos políticos y sociales.

2.1. Los tipos de interpretación constitucional

Desde un punto de vista doctrinario, es posible establecer la existencia de cuatro tipos de interpretación constitucional: la interpretación de la Constitución, la interpretación desde la Constitución, la interpretación abstracta y conceptual genérica y la interpretación específica y concreta.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La interpretación de la Constitución

Consiste en asignar un "sentido" a la Constitución, a efectos de coadyuvar a su correcta aplicación a la realidad. Tal asignación requiere que previamente se precise y determine la existencia de los valores y principios constitucionales existentes en su seno.

b) La interpretación desde la Constitución

Es la que se efectúa sobre la legislación infraconstitucional a partir de la respuesta hermenéutica obtenida "de la Constitución", a efectos de que aquella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental.

c) La interpretación abstracta y conceptual genérica

Consiste en comprender teóricamente el texto constitucional, sin necesidad de ligarlo a una contingencia real en la vida política.

d) La interpretación específica y concreta

Consiste en comprender la aplicabilidad del texto fundamental a una situación o contingencia real emanada de la vida política.

De acuerdo, en cierto modo, con Néstor Pedro Sagüés [Teoría de la Constitución. Buenos Aires: Astrea, 2001] la interpretación constitucional presenta como notas características su determinación fructuosa, creativa, previsiva y política.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La determinación fructuosa

La interpretación constitucional tiene como objetivo concreto la aplicación de una norma fundamental a la solución de un problema político-jurídico.

En ese sentido, se exige que la determinación del significado y alcances de un precepto constitucional pueda ser "funcional, útil y apto para dar respuestas sensatas y provechosas para la sociedad y el sistema político (...)" [Teoría de la Constitución. Buenos Aires: Astrea, 2001].

En dicha virtud, debe aspirarse a que el desenlace de un conflicto político-jurídico encuentre solución mediante la aplicación de una norma constitucional. Por consiguiente, la interpretación constitucional se encuentra reñida con la obtención de determinaciones meramente teóricas o residuales; así como con aquellas que solo consiguen agudizar o dejar inconclusa la problemática planteada en el seno de una sociedad política.

b) La determinación creativa

La interpretación constitucional tiene como rol inexorable el "esclarecer, desplegar, compatibilizar, integrar y adaptar (cuando no reformular) a la Constitución" [Teoría de la Constitución. Buenos Aires: Astrea, 2001].

Así, en algunas oportunidades existe la necesidad de dilucidar entre varias opciones interpretativas; o en otras de extender desarrollistamente los alcances de una norma constitucional o hasta elucubrar hipótesis no previstas por el legislador constituyente.

Asimismo, la interpretación promueve la concurrencia teleológica de dos o más normas constitucionales aparentemente contradictorias; o en su defecto pondera los atributos de los preceptos en cuestión, optando por aquella más cercana a los principios y valores constitucionales de mayor importancia político-jurídica.

Finalmente, acomoda y adapta la Constitución a las mutaciones sociales y los cambios científico-tecnológicos que enriquecen los procesos socio-políticos.

En ese sentido, Néstor Pedro Sagüés [Teoría de la Constitución. Buenos Aires: Astrea, 2001] señala que "la interpretación constitucional rara vez será un trabajo de 'descubrir' algo preexistente. Lo habitual consistirá en la 'construcción' de respuestas constitucionales".

c) La determinación previsora

La interpretación constitucional tiene la responsabilidad de predeterminar la totalidad de las consecuencias político-jurídicas de dicha actividad.

En ese sentido, los resultados de su aplicación deben haber sido "conocidos" con anticipación y con claro aseguramiento de remediar un mal preexistente y no formar otro postfacto al acto de aplicación de la norma objeto de interpretación.

La interpretación constitucional debe contener el augurio, la proyección y el vaticinio de una "mejor" realidad político-jurídica y la cancelación de un otrora "mal" de naturaleza constitucional.

d) La determinación política

La interpretación constitucional tiene la responsabilidad de afirmar los principios y valores políticos contenidos en la Constitución; vale decir, contribuye decididamente en asentar la ideología, la doctrina y el programa político inserto en dicho texto.

En ese sentido al definir, redefinir o integrar la Constitución en puridad se cumple una actividad política ya que la actividad interpretativa incide directamente en la gobernabilidad y administración de un cuerpo político. Añádase a ello su actividad efectivizadora de las cláusulas constitucionales y la armonización entre

las competencias de los operadores político-administrativos y los derechos ciudadanos; amén de su labor dirimente en los conflictos interorgánicos.

La interpretación constitucional lleva implícita la asunción de una actividad política en el sentido de "gobierno" del Estado, en la medida que deriva de un órgano encargado del control de la constitucionalidad.

2.2. La interpretación constitucional y las indeterminaciones constitucionales

En atención a que la Constitución es elaborada con el objeto de que rija los destinos de una sociedad política con vocación de perdurabilidad, consecuentemente es redactada con un lenguaje lo suficientemente vago y general que permita su permanente adaptación al "tiempo político" que se vive sucesivamente dentro de una colectividad.

En ese aspecto, Carlos Santiago Nino [Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2002] justifica la vaguedad y generalidad del lenguaje constitucional, a efectos que el texto constitucional pueda sobrellevar "las contingencias y cursos futuros que no sean fáciles de prever en el momento de la sanción".

El propio Carlos Santiago Nino [Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2002] distingue varios tipos de vaguedades o indeterminaciones constitucionales, a saber: la vaguedad por gradiente, la vaguedad por combinación y la vaguedad por textura abierta.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La vaguedad por gradiente

Dicha indeterminación normativa se produce cuando la Constitución hace referencia a objetos o fenómenos que se dan en la realidad, empero sin especificar algunas características de variabilidad como pueden ser los tipos, cantidades, espacios, etc.

b) La vaguedad por combinación

Dicha indeterminación normativa se produce cuando la Constitución utiliza expresiones que carecen del señalamiento de aquellas cualidades o características necesarias y suficientes, y a lo sumo hace referencia a algunas propiedades relevantes, sin que ello redunde en la determinación de su significación.

c) La vaguedad por textura abierta

Dicha indeterminación normativa se produce cuando la Constitución utiliza expresiones que si bien ostentan cualidades o características necesarias y suficientes para su distinción de otras, sin embargo son empleadas dentro de un contexto que genera duda sobre los alcances de dicha definición.

2.3. La interpretación constitucional y el problema de las contradicciones

Es constatable por la praxis constitucional, la residual existencia al interior de un texto constitucional, de proposiciones opuestas que afectan grandemente el sentido de dicho texto.

En esa circunstancia la interpretación constitucional tiene un papel resolutivo importantísimo.

La doctrina reconoce la existencia de dos tipos de contradicciones; las ideológicas y las normativas.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) Las contradicciones ideológicas

La historia constitucional permite constatar que las constituciones son generalmente el resultado de fuerzas políticas con ideologías, intereses y demandas sociales, económicas y culturales contradictorias que suscriben un pacto social por la vía de la concertación.

Dicha concertación que deviene en la práctica política inclusiva de valores e intereses, puede originar que su integración normativa peque residualmente de colisionante e imperfecta.

Al respecto, Juan B. Alberdi [Bases y puntos de partida para la organización práctica de la República Argentina. Buenos Aires, 1981] sostenía que "la Constitución está llamada a contemporizar, a complacer hasta cierto grado algunas exigencias contradictorias, que no se debe mirar por el lado de su justicia absoluta, sino por el de su poder de resistencia para combinarlos con prudencia y del modo posible con los intereses del progreso general del país".

En otras circunstancias, las contradicciones pueden surgir de los procesos de reforma constitucional en donde aparecen expresiones ideológicas disímiles a los intervinientes en el proceso de creación de la Constitución.

Al respecto, la doctrina señala que dichas contradicciones pueden ser concomitantes o escalonadas.

Las contradicciones ideológicas concomitantes son aquellas que se producen exprofesa y deliberadamente al momento de elaborarse el texto constitucional.

Al respecto, es citable el caso de la Constitución española de 1978, en donde coexisten cláusulas propias del liberalismo político y económico con otras que reflejan postulados y aspiraciones socialistas. Asimismo, cabe mencionar el caso de la Constitución de Nicaragua de 1987, en donde se presentan amalgamadas las posiciones socialistas derivadas de la influencia de los constituyentes del Frente Sandinista de Liberación Nacional y de las posiciones democrático-conservadoras de la Unión Nacional.

A mayor abundamiento es citable el caso de la Constitución peruana de 1979, que amalgamó las posiciones ideológicas de la socialdemocracia latinoamericana sustentadas por el Partido Aprista Peruano y las posturas conservadoras socialcristianas del Partido Popular Cristiano.

Las contradicciones ideológicas escalonadas son aquellas que se producen con posterioridad a la elaboración del texto original de la Constitución. Así, mediante el proceso de reforma constitucional se sustituyen, reformulan o adicionan conceptos políticos que si no fuera por el auxilio de la interpretación expondrían una opugnación residual entre partes del propio texto constitucional.

Al respecto, es citable el caso de la Constitución argentina de 1853 respecto de las reformas sufridas en 1957 y 1994.

b) Las contradicciones normativas

Dicho fenómeno ocurre cuando una o más normas de la Constitución disponen dos consecuencias jurídicas que se excluyen recíprocamente o cuando imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas.

Sobre la materia Karl Larenz [Derecho civil. Parte general. Buenos Aires: Ediciones de Derecho Reunidas, 1978] sostiene que la interpretación consiste en hacer comprensible una disposición legal no solo en sí misma, sino también en conexión con las restantes disposiciones.

2.4. La interpretación constitucional y las imprevisiones

En atención a que la Constitución es creada con vocación de perdurabilidad, no es ajeno a la historia que dicho texto pueda sufrir en un momento determinado, del síndrome de la "imprevisión constitucional", y que esta circunstancia sea obra del tino o la gazmoñería política.

Es indudable que la Constitución no es –ni debe ser– un texto cerrado ni omnicomprensivo. Así, los legisladores constituyentes que incurren en el "vicio de la previsibilidad absoluta"; y, elaboren un texto detallista, minucioso y casuístico obtendrán como resultado la denominada "Constitución-cárcel"; vale decir, erigirán "un instrumento nocivo que so pretexto de regular todo el porvenir, de hecho lo reglamentarán mal, ya que pretender disciplinar útilmente hoy a la integralidad de los acontecimientos del futuro puede significar tanto una misión utópica (frente a una realidad altamente cambiante y volátil, en grandes tramos impredecibles), como también axiológicamente discutible, en cuanto que aherrojar aquel porvenir con las pautas culturales del presente importará una empresa (...) con escasa legitimación".

Ahora bien, la imprevisión constitucional puede ser clasificada de las dos maneras siguientes: voluntarias o involuntarias.

Las imprevisiones voluntarias son aquellas que se originan por actos de prudencia política o por la farisaica determinación de no optar por alguna alternativa en particular.

Las imprecisiones involuntarias son aquellas que se originan por la inexistencia de situaciones fácticas al momento de la elaboración constitucional, por falta de consenso político, por impericia técnica o por descuido político.

En ese contexto, corresponde a los intérpretes de la Constitución efectuar labores de integración normativa, con el objeto de completar la obra constitucional.

2.5. Los principios hermenéuticos

La doctrina admite la existencia de principios interpretativos en materia constitucional, a efectos de orientar y canalizar el proceso de asignación y alcances de los significados contenidos en el texto supra del Estado.

Al respecto, siguiendo en buena parte a Conrad Hesse [Constitución y derecho constitucional. Madrid: Marcial Pons, 1966] cabe mencionar los ocho siguientes: el principio de unidad de la Constitución, el principio de concordancia práctica, el principio de corrección funcional, el principio de eficacia integradora, el principio de adaptación, el principio de constancia, el principio de utilidad y el principio de conservación de la ley.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) El principio de unidad de la Constitución

Plantea la relación e interdependencia de los distintos elementos normativos con el conjunto de las decisiones fundamentales de la Constitución. Ello obliga a no aceptar en modo alguno la interpretación "insular" de una norma, sino que hace imperativa una actividad hermenéutica con el conjunto del texto.

Luis Huerta Guerrero ["Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales". En: Derechos fundamentales e interpretación constitucional. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1997] expone que "la Constitución

debe entenderse de modo integral y no como fórmula por compartimientos estancos".

Torsten Stein ["Criterios de interpretación". En: La Constitución de 1993, análisis y comentarios III. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1996] señala que la esencia de la Constitución consiste en ser un corpus normativo homogéneo de la vida política y social de una determinada colectividad estatal. Por ende, no resulta admisible la separación por "cirugía jurídica" de una norma constitucional del resto del conjunto.

Este principio consignador de la relación e interdependencia normativa permite resolver un problema crucial en materia constitucional: la existencia de intereses contrapuestos y de fórmulas de compromiso político derivados del pacto social entre fuerzas políticas y sociales representadas ante un órgano constituyente.

Por consiguiente, como bien afirma Torsten Stein ["Criterios de interpretación". En: La Constitución de 1993, análisis y comentarios III. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1996]:

"El objetivo primario de la (...) interpretación consiste en 'nivelar' las discrepancias en la aplicación de algunas disposiciones constitucionales".

En suma, las distintas instituciones, categorías y conceptos contemplados en el plexo constitucional deben ligarse mutuamente entre sí. En ese contexto, no es aplicable una interpretación aislada e inconexa. Igualmente tampoco es admisible la presencia de normas constitucionales con "vida autárquica y solitaria".

b) El principio de concordancia práctica

Plantea que los bienes jurídicos consignados en la Constitución deben ser objeto de protección y defensa de manera concomitante, de modo tal que en la solución de un problema político-jurídico todos conserven su identidad e indemnidad.

Para tal efecto se privilegia la ponderación proporcional de los mismos, a efectos que se consiga hacer respetar el núcleo esencial de cada bien en particular.

En ese contexto, la concordancia práctica solo admite en función a las circunstancias del caso, la afectación residual relativa al modo, la forma, el lugar o el tiempo de ejercicio, siempre que exista razonabilidad y proporcionalidad en la recíproca limitación.

c) El principio de corrección funcional

Plantea que el intérprete está impedido de establecer determinaciones que de algún modo alguno interfieran con las competencias y funciones que la Constitución ha asignado a los diferentes órganos del Estado.

Al respecto, Luis Huerta Guerrero ["Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales". En: Derechos fundamentales e interpretación constitucional. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1997] señala que "el intérprete se ve obligado a respetar el marco de distribución de funciones estatales consagrado por la Constitución".

En consecuencia no es admisible que por la vía hermenéutica se restringa o limiten las actividades, cometidos o misiones de los órganos constitucionales.

d) El principio de eficacia integradora

Plantea que la actividad hermenéutica debe promover, reforzar y vigorizar las determinaciones político-jurídicas que hagan más operativa y potente la unidad axiológica y teleológica de la Constitución.

e) El principio de adaptación

Las distintas instituciones, categorías y conceptos contemplados en el plexo constitucional pueden ser objeto de variación en su sentido significativo, de conformidad con los cambios o mutaciones que sufre la realidad política del Estado. Es decir, deben ser objeto de una interpretación "viva", a efectos de que sigan siendo un instrumento eficaz para el "buen gobierno".

Como refiere Néstor Pedro Sagüés [Teoría de la Constitución. Buenos Aires: Astrea, 2001] se debe postular "una adaptación de la Constitución a las realidades

que le toca vivir y resolver". Ello permitirá que la Constitución quede *actualizada* al compás del dinamismo de los tiempos y que alcance su óptima aplicación.

f) El principio de constancia

Las distintas instituciones, categorías y conceptos contemplados en el plexo constitucional deben ser observados a la luz de los postulados o proposiciones de naturaleza ético-política o técnico-jurídica que proyectan una aplicabilidad permanente, debiéndose restar valor extremo a aquellos que meramente atiendan a situaciones provisionales.

g) El principio de utilidad

Los distintos instrumentos, categorías y conceptos contemplados en el plexo constitucional deben ser objeto de una interpretación que propenda hacia algo constructivo y conveniente.

h) El principio de conservación de la ley

La actividad interpretativa exige "salvar" hasta donde sea razonable la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado.

III. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia constitucional contribuye a clarificar y delimitar los principios que configuran la unidad política, forja la normativización de los valores en que se sustenta la organización política, amén de promover la fijación de límites y directrices para la acción estatal. También coadyuva en la determinación precisa y específica de las competencias de los órganos constitucionales y del sistema de relación existente entre ellos, y coadyuva a la regulación cabal de la estructura y funciones políticas del Estado. Finalmente expresa los alcances y contenidos de los derechos y deberes constitucionales.

La creación jurisdiccional del derecho constitucional –vía la expedición de las sentencias que conforman la jurisprudencia constitucional– perfecciona, matiza e

incluso hace flexible el orden jurídico en su conjunto. La jurisprudencia constitucional es el instrumento por el cual los órganos jurisdiccionales encargados de la defensa de la constitucionalidad dejan testimonio de su labor de "serenazgo y guardianía".

Esta fuente formal del derecho constitucional cumple las cuatro funciones siguientes:

a) Garantiza la superlegalidad de la Constitución, evitando su modificación por vías irregulares, o su violación por obra del legislador.
b) Coadyuva a la formación y aplicación correcta y concreta de los valores, principios, prácticas y normas constitucionales.
c) Interpreta y declara el sentido de lo constitucional, de conformidad con los retos del tiempo. Como es evidente, la Constitución no se reduce a la suma de palabras, frases o artículos; ella expresa un *telos*, un espíritu y una finalidad. Mediante la jurisprudencia constitucional, este plexo de valores y principios alcanza su verdadera magnitud y recto sentido.
d) Crea normas político-jurídicas en sentido estricto, al momento de resolver conflictos carentes de regulación constitucional (lagunas constitucionales).

A efectos de cubrir las lagunas constitucionales, el operador de la Constitución debe "elaborar" la norma faltante, expidiendo una *jurisprudencia de principio*. Para ello existen dos posibilidades: la autointegración y la heterointegración.

La *autointegración* implica hacer uso de la analogía y los principios constitucionales; es decir, la laguna constitucional queda cubierta con elementos de la propia Constitución.

La *heterointegración* implica hacer uso de la justicia natural y de los aportes del derecho comparado.

3.1. La tipología de la jurisprudencia constitucional

El Tribunal Constitucional en el proceso competencial entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo (Expediente N° 004-2004-CC/TC) estableció la tipología y los efectos de la jurisprudencia constitucional.

Al respecto, dicho colegiado consignó la existencia de una doble clasificación, a saber:

Primera clasificación

a) Sentencias de especie
b) Sentencias de principio

Estas a su vez pueden ser residualmente distinguidas en instructivas o institucionales.

Segunda clasificación

a) Sentencias estimativas

Estas a su vez pueden ser subclasificadas en:

- Sentencias de simple anulación
- Sentencias interpretativas propiamente dichas
- Sentencias interpretativas-manipulativas (normativas)

Cabe señalar que conforme a la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional dichas sentencias pueden tener alcances reductivos, aditivos, sustitutivos, exhortatorios o estipulativos.

b) Sentencias desestimativas

Estas a su vez pueden ser subclasificadas en:
- Sentencias de desestimación por rechazo simple.
- Sentencias de desestimación por sentido interpretativo (interpretación *strictu sensu*)

Respecto a la primera clasificación cabe señalar lo siguiente:

Las sentencias de especie son las que aparecen como consecuencia de la simple aplicación de las normas constitucionales y demás preceptos del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto. En esa perspectiva, la labor del

juez constitucional es meramente "declarativa", ya que se limita a emplear la norma constitucional o los otros preceptos directamente conectados con ella.

Las sentencias de principio son las que forjan la jurisprudencia propiamente dicha, ya que interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenan las lagunas legislativas y forjan verdaderos precedentes vinculantes.

Es dable advertir que el Tribunal Constitucional ha establecido dentro de las denominadas sentencias de principios algunas a las que ha calificado específicamente como institucionales e instructivas.

Las sentencias institucionales son aquellas que adicionalmente a su contenido interpretativo y/o integrador se caracterizan por expresar decisiones trascendentes y relevantes para el Estado y la sociedad, y en donde lo que se determina excede con largueza al mero interés de las partes, y, que, por ende, se proyectan no solo hacia el presente inmediato, sino que se extienden hacia el futuro comprometido de todos los integrantes de la colectividad. Estas tienen como consecuencia la predeterminación y sujeción de los planes y programas gubernamentales a los contenidos de dichos fallos.

Al respecto, son citables los casos de Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos contra los Decretos Leyes N° 25475, 25659, 25708 y 25880 (Expediente N° 0010-2002-AI/TC) y el del Colegio de Abogados de Ica y la Defensoría del Pueblo (acumulados) contra el Decreto de Urgencia N° 055-2001 (Expediente N° 015-2001-AI/TC y 024-2001-AI/TC).

En el primer caso, los alcances de la sentencia determinaron que el Congreso de la República mediante la Ley N° 27913 de fecha 8 de enero de 2003, "Delegase facultades legislativas en el Poder Ejecutivo por el plazo de treinta días hábiles para que mediante decretos legislativos reemplace la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 010-2002-AI/TC), establecer los límites máximos de las penas de los delitos regulados por los artículos 2, 3 incisos b) y c), 4, 5 y 9 del Decreto Ley N° 25475, y finalmente a regular la forma y modo cómo se transmitirán las peticiones de nuevos procesos y los procesos mismos a que se refiere la antes citada sentencia, así como ordenar la legislación sobre terrorismo que mantiene vigencia, y legislar sobre derecho penal material,

procesal penal, ejecución penal y defensa judicial del Estado relacionado con terrorismo".

Asimismo, el Poder Ejecutivo mediante la Resolución Suprema N° 001-2003-JUS de fecha 11 de enero de 2003, resolvió "Conformar la Comisión encargada de elaborar las propuestas de legislación a que se refiere el artículo 1 de la Ley N° 27913.

En ese sentido el Poder Ejecutivo expidió los Decretos Legislativos N° 921, 922, 923, 924, 925 y 926 que regulan los aspectos penal material, procesal penal, ejecución penal y defensa judicial del Estado relacionados con el delito de terrorismo.

Finalmente, el Poder Legislativo expidió normas referidas a la aprobación de créditos suplementarios y la aplicación de partidas presupuestales a favor del Poder Judicial, el Ministerio Público y la Procuraduría a efectos de recomenzar los procesos por la Comisión del delito de terrorismo.

En el segundo caso, los alcances de la sentencia determinaron que el Estado estableciese un registro de acreedores a efectos de determinar los titulares de acreencias y cuentas de los mismos; así como la progresiva aprobación de partidas especiales para el cumplimiento de las deudas.

Las sentencias instructivas son aquellas que se caracterizan por realizar a partir del caso concreto, un desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los temas más importantes en discusión. Estas tienen por finalidad orientar la labor de los jueces con criterios que puedan utilizar en la interpretación constitucional que realicen en los procesos a su cargo, y, además. Además contribuye a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos.

Al respecto, son citables los casos de Eliobina Aponte Chuquihuaman contra el Juez del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Comas (Expediente N° 2663-2003-HC/TC) y Taj Mahal Discoteque y el Jeque Discoteque contra la Municipalidad Provincial de Huancayo (Expediente N° 3283-2003-AA/TC).

En el primer caso, los alcances de la sentencia determinaron y precisaron los alcances de los diferentes tipos de habeas corpus, a saber: el habeas corpus repa-

rador, el habeas corpus restringido, el habeas corpus correctivo, el habeas corpus preventivo, el habeas corpus traslativo, el habeas corpus instructivo, el habeas corpus innovativo y el habeas corpus conexo.

En el segundo caso, los alcances de la sentencia determinaron y precisaron que la declaración de procedencia o improcedencia de una acción de garantía esta sujeta al tiempo de realización de los actos que requieren tutela constitucional, a saber: actos pretéritos, actos presentes, actos de tracto sucesivo y actos en expectativa.

Respecto de la segunda clasificación cabe señalar lo siguiente:

Las sentencias estimativas son aquellas que declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad. Su consecuencia jurídica especifica la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, mediante una declaración de invalidez constitucional. En dicha hipótesis, la inconstitucionalidad se produce por la colisión entre el texto de una ley o norma con rango de ley y una norma, principio o valor constitucional. Las sentencias estimativas pueden ser de simple anulación, interpretativas propiamente dichas o interpretativas-manipulativas (normativas).

Las sentencias de simple anulación, son aquellas en donde el órgano de control constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la integridad del contenido de un texto. La estimación es *parcial* cuando se refiere a la fracción de una ley o norma con rango de ley (un artículo, un párrafo, etc.); y, por ende, ratifica la validez constitucional de las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado. La estimación es *total* cuando se refiere a la plenitud de una ley o norma con rango de ley; por ende, dispone la desaparición íntegra del texto normativo impugnado del ordenamiento jurídico.

Las sentencias interpretativas propiamente dichas, son aquellas en donde el órgano de control constitucional, según sean las circunstancias que rodean el proceso constitucional, declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo cual acarreó una aplicación indebida.

Dicha modalidad aparece cuando se asigna al texto objeto de examen una significación y contenido distinto al que la disposición tiene cabalmente. Así, el

órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado *"normas nuevas"*, distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley objeto de examen. Por consiguiente, establece que en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución.

3.2. El caso de las sentencias interpretativas manipulativas (normativas)

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley cuestionada. En ese contexto, procede a la transformación del significado de la parte "infecta", a efectos de evitar su eliminación del ordenamiento jurídico.

En ese sentido, F. Javier Díaz Revorio [La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Lima: Palestra, 2003] señala que mediante la utilización de este tipo de sentencias, las leyes impugnadas de inconstitucionalidad "salen" del proceso constitucional con un alcance y un contenido normativo diferente al que tenían originalmente.

En ese sentido, la modificación del contenido normativo, no obsta para que se deje inalterable la vigencia y validez del texto cuestionado. Ello puede producirse en función a algunas de las modalidades siguientes: las sentencias reductoras, las sentencias aditivas, las sentencias sustitutivas, las sentencias exhortativas y las sentencias estipulativas.

La existencia de las denominadas *"sentencias manipulativas"* se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que pueden presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la "expulsión" de una norma del ordenamiento jurídico.

La experiencia acredita que residualmente la declaración de inconstitucionalidad de una ley puede terminar siendo más gravosa –desde un punto de vista político, jurídico, económico o social– que la propia permanencia de aquella dentro del ordenamiento constitucional. Así pues, los efectos de dicha declaración pueden llevar a que durante un "tiempo" se produzca un vacío legislativo que dañe de alguna manera la vida coexistencial en el campo político, económico, etc.

A raíz de lo expuesto, aparecen las denominadas sentencias manipulativas lo que supone llevar a cabo líneas de interpretación y adaptación de una ley "acusada" de violatoria de la Constitución, a efectos de hacerla "compatible" con aquella. Es a través de dicho esfuerzo que se "salva" la vigencia de la ley, empero subordinándola a los cánones de la Constitución.

En este caso se restablece la "soberanía de la Constitución" a través de la transformación del significado de la ley.

La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa o acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva.

La operación ablativa o de exéresis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada, "eliminando" del proceso interpretativo alguna palabra o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto se declara la nulidad de las "expresiones impertinentes", lo que genera un cambio radical del contenido preceptivo de la ley.

La operación reconstructiva o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada "agregándosele" un contenido y un sentido de interpretación que no aparece del texto por sí mismo. En este caso el órgano de control de la constitucionalidad aparece residualmente llevando a cabo una actividad paralegislativa.

La existencia de este tipo de sentencias se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que puedan presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la "expulsión" de una ley o norma con rango de ley del ordenamiento jurídico. Tales circunstancias tienen que ver con la existencia de dos principios rectores de la actividad constitucional-jurisdiccional, a saber; el principio de conservación de la ley y el principio de interpretación desde la Constitución. Asimismo guarda coherencia con una determinación interpretativa previsora. Al respecto, conviene tener presente en que consisten:

a) El principio de conservación de la ley.

Mediante este axioma se exige al juez constitucional "salvar", hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado.

Es decir, la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico por inconstitucional, debe ser la última *ratio* a la que debe apelarse. Así, la simple declaración de inconstitucionalidad no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable.

b) El principio de interpretación desde la constitución.

Mediante este axioma o pauta básica se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a efectos que ella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental.

Dicha interpretación hace que la ley sea conforme a la Constitución; cabiendo, para tal efecto, que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos.

En ese sentido, no debe olvidarse que la jurisdicción constitucional desarrolla una función armonizadora de los conflictos sociales y políticos subyacentes en un proceso constitucional, por lo que las sentencias interpretativas-manipulativas (normativas) se constituyen en instrumentos procesales necesarios para el desarrollo de tal fin.

c)La determinación interpretativa previsora

Mediante este axioma se asume la responsabilidad de predeterminar la totalidad de las consecuencias político-jurídica derivados de la actividad jurisdiccional.

Este tipo de sentencias propician el despliegue de los efectos de las normas constitucionales que podrían ser obstaculizados por los "huecos normativos" emanados de un simple fallo estimatorio.

Las normas inducidas y deducidas emanadas de una sentencia manipulativa-interpretativa (normativas) se encuentran implícitas dentro del ordenamiento constitucional, pero son objetivables mediante este procedimiento.

A continuación procedemos a describir las modalidades que presentan las sentencias interpretativas manipulativas:

a) Las sentencias reductoras

Son aquellas que señalan que una parte del texto cuestionado es contraria a la Constitución; la misma que ha generado un vicio de inconstitucionalidad en razón a una redacción excesiva y desmesurada.

En ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la "extensión" del contenido normativo de la ley impugnada. Dicha reducción se produce en el ámbito de su aplicación a los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa o judicial.

Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada, en relación a algunos de los supuestos en él contemplados genéricamente; o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas.

Ello implica que la referida inaplicación abarca a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley; o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primicialmente previstos.

En consecuencia las sentencias reductoras restringen el ámbito de aplicación de la ley impugnada a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto.

Las sentencias reductoras suelen utilizar algunas de las siguientes fórmulas:

- Declárese la inconstitucionalidad de la ley "en cuanto incluye".
- Declárese la inconstitucionalidad de la ley "en la parte que prevé".
- Declárese la inconstitucionalidad de la ley "en la parte que no excluye".

A guisa de ejemplo, cabe reseñar lo establecido por el Tribunal Constitucional español en la STC 50/1999 de fecha 6 de abril de 1999, en relación a la acción de inconstitucionalidad presentada contra la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Dicha ley estableció la obligatoriedad de las traducciones de ciertos documentos de la lengua cooficial autonómica al castellano, en caso hubieren de surtir efecto fuera del territorio de la Comunidad Autonómica.

Mediante una sentencia reductora dicho colegiado estableció que la obligación de traducir un documento redactado en lengua catalana, gallega o eusquera al castellano, no se extendía a aquellos que fueran a surtir efectos en otra Comunidad Autónoma (diecinueve en total) pero en donde la propia lengua utilizada también tuviere carácter oficial.

En puridad, de no haberse acudido a la utilización de la sentencia reductora, el Tribunal Constitucional Español hubiere tenido que declarar la inconstitucionalidad de la ley y, por ende, expulsarla del ordenamiento jurídico, en razón a que impedía que los documentos pudiesen producir efectos en el territorio de otra Comunidad Autónoma, la misma que también reconocía a la lengua empleada como oficial.

En el caso de nuestro Tribunal Constitucional la utilización de dicha modalidad puede observarse en los procesos siguientes:

Caso 1
EXPS. N° 0050-2004-AI/TC
N° 0051-2004-AI/TC
N° 0004-2005-AI/TC
N° 0007-2005-AI/TC
N° 0009-2005-AI/TC

- **Demandante:** Colegio de Abogados de Cusco; Colegio de Abogados del Callao; y más de cinco mil ciudadanos con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, contra la Ley N° 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530.

- **Emplazado:** Congreso de la República

- **Fallo:** "(...) 2. Declarar **FUNDADAS EN PARTE** las demandas acumuladas en el extremo que impugnan la constitucionalidad de la Ley N° 28449. En consecuencia, **DECLÁRESE LA INCONSTITUCIONALIDAD: "B) De la frase 'hasta que cumplan los veintiún (21) años' del literal a del artículo 34 del Decreto Ley N° 20530,** según el ***fundamento 153***, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

"**Artículo 34.-** Solamente tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho (18) años del trabajador con derecho a pensión o del titular de la pensión de cesantía o invalidez que hubiera fallecido. Cumplida esta edad, subsiste la pensión de orfandad únicamente en los siguientes casos:

a) Para los hijos que sigan estudios de nivel básico o superior (...)".

Y, por conexidad, declárese también la inconstitucionalidad de la frase 'en cuyo caso la pensión continuará hasta que cumplan veintiún (21) años' del literal b del artículo 55 del Decreto Ley N° 20530, así como también la palabra 'universitarios' del mismo literal, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

"**Artículo 55.-** Se extingue automáticamente el derecho a pensión por:
(...)

b) Haber alcanzado la mayoría de edad los titulares de pensiones de orfandad, salvo que prosigan estudios, o que adolezcan de incapacidad absoluta para el trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la presente Ley (...)".

Asimismo, declárese la inconstitucionalidad de la frase 'Hasta que el beneficiario cumpla veintiún años' del literal a del artículo 56 del Decreto Ley N° 19990. Quedando redactado de la siguiente forma:

"**Artículo 56.-** Tienen derecho a pensión de orfandad: los hijos menores de dieciocho años del asegurado o pensionista fallecido.

Subsisten el derecho a pensión de orfandad:

a) Siempre que siga en forma ininterrumpida estudios del nivel básico o superior de educación (...)".
b) Para los hijos inválidos mayores de dieciocho años incapacitados para el trabajo".

Al respecto, debe tenerse en cuente lo siguiente:

Fund. N° 153: "(...) En tanto es evidente que en la gran mayoría de casos a la edad de veintiún años aún no se han culminado los estudios superiores, la disposición no resulta idónea para la consecución del fin que persigue, y en consecuencia, resulta desproporcionada en este aspecto.

Consecuentemente, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la frase 'hasta que cumplan los veintiún (21) años' del literal a del artículo 34 del Decreto Ley N° 20530, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto: (...).

De otro lado, en tanto que el literal b del artículo 55 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, dispone que se extingue automáticamente la pensión por

"(...) b) Haber alcanzado la mayoría de edad los titulares de las pensiones de orfandad, salvo que prosigan estudios universitarios, en cuyo caso la pensión continuará hasta que cumplan veintiún (21) años, o que adolezcan de incapacidad absoluta para el trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la presente Ley.",

por conexidad y en atención a lo recién expuesto, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la frase 'en cuyo caso la pensión continuará hasta que cumplan veintiún (21) años'.

Asimismo, en tanto que el artículo supedita la vigencia de la pensión al hecho de proseguir estudios 'universitarios', corresponde declarar la inconstitucionalidad de esta última palabra, por excluir, sin que exista un fundamento objetivo y razonable que lo justifique, a las personas que siguen estudios superiores distintos de los universitarios, tales como carreras técnicas, estudios en centros de educación ocupacional, en institutos militares, entre otros. (...).

Consecuentemente, el literal b del artículo 55 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, queda, de conformidad con la Constitución, con el siguiente texto: (...).

Asimismo, también por conexidad y en atención a lo expuesto, declárese la inconstitucionalidad de la frase 'Hasta que el beneficiario cumpla veintiún años' del literal a del artículo 56 del Decreto Ley N° 19990, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto: (...).

Caso 2
Exp. N° 0015-2001-AI/TC
Exp. N° 004-2002-AI/TC

- **Demandante:** Colegio de Abogados de Ica y la Defensoría del Pueblo (Acumulados) contra el Decreto de Urgencia N° 055-2001; y demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Ica contra la Ley N° 27684, que estableció el procedimiento para el pago de sumas de dinero de ordenadas por mandato judicial en los procesos seguidos contra el Estado.

- **Emplazado:** Congreso de la República

- **Fallo:** "FUNDADA en parte. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 2 de la ley N° 26756, en la parte que contiene el adverbio 'Sólo", quedando subsistente dicho artículo 2 con la siguiente redacción: "Son embargables los bienes del Estado que se incluyan expresamente en la respectiva ley'. Declarar la inconstitucionalidad de la expresión 'única y exclusivamente' del artículo 42 de la Ley N° 27584, modificado por el artículo1 de la Ley N° 27684, quedando subsistente dicho precepto legal con la siguiente redacción: 'Las sentencias en calidad de cosa juzgada que ordenen el pago de suma de dinero, serán atendidas por el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda, bajo responsabilidad del Titular del Pliego, y su cumplimiento se hará de acuerdo con los procedimientos que a continuación se señalan: (...)'. Desestimar las demandas en lo demás que contienen. Integrar al fallo los fundamentos N° 24 a 26, 32 a 34, 41, 42, 53 a 55, 58,59, 62 a 65, 68, supra".

Al respecto, cabe tomar en cuenta lo siguiente:

Fund. N° 31: "En este sentido, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 019-2001 sería inconstitucional en la parte de la disposición que no precisa que sólo tienen la condición de bienes inembargables, los que son de dominio público, es decir, los depósitos de dinero que resultan indispensables para el cumplimiento de los fines esenciales de los órganos del Estado o porque contribuyen con su funcionamiento. En otras palabras: el Tribunal considera que es inconstitucional el sentido interpretativo que se deriva de la disposición contenida en el artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 019-2001, según el cual 'todo' depósito de dinero existente en una cuenta del Estado en el Sistema Financiero Nacional constituye un bien inembargable".

Fund. N° 32: "Tal problema de constitucionalidad puede ser resuelto expidiendo una 'sentencia interpretativa reductora', es decir, una sentencia sobre cuya base el ámbito de aplicación de la disposición quede reducido. Y es que en este caso, la inconstitucionalidad del artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 019-2001 no reside en lo omite, sino, por el contrario, en su amplio margen de alcance.

Por tal motivo, el Tribunal Constitucional deja asentado que cuando la disposición referida establece que 'los depósitos de dinero existentes en las cuentas del Estado en el Sistema Financiero Nacional, constituyen bienes inembargables', debe interpretarse que tales 'depósitos de dinero son sólo aquellos que se encuentran afectos al servicio público'.

Así expuesto el problema, este extremo de la pretensión debe desestimarse".

Caso 3
EXPS. N° 0004-2004-AI/TC
N° 0011-2004-AI/TC, N° 0012-2004-AI/TC
N° 0013-2004-AI/TC, N° 0014-2004-AI/TC
N° 0015-2004-AI/TC, N° 0016-2004-AI/TC Y
N° 0027-2004-AI/TC (ACUMULADOS)

- **Demandante:** Colegio de Abogados del Cusco y otros contra los artículos 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11°, 12°, 13°, 14°, 15°, 16°, 17°, 18°, 19° y 20° del Decreto Legislativo N° 939 –Ley de medidas para la lucha contra la evasión y la informalidad–, y, por conexión, contra su modificatoria, el Decreto Legislativa N° 947, que regulan la denominada "bancarización" y crean el Impuesto a las Transacciones

Financieras (en adelante ITF); así como contra los artículos 3°, 4° ,5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11°, 12°, 13°, 14°, 15°, 16°, 17°, 18° y 19° de la Ley N° 28194 –Ley para la lucha contra la evasión y para la formalización de la economía–, que subroga los referidos Decretos Legislativos.

- **Emplazados:** Poder Ejecutivo y Congreso de la República

- **Fallo:** "FUNDADA, en parte, la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28194, y, en consecuencia, **inconstitucional el último párrafo del artículo 17° de la Ley N° 28194**. Declarar, por mayoría, INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28194 en lo demás que contiene; y declarar, por mayoría, IMPROCEDENTES, las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra el Decreto Legislativo N° 939, y su modificatoria, el Decreto Legislativo N° 947".

b) Las sentencias aditivas

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa. En ese contexto procede a "añadirle" algo al texto incompleto, a efecto de transformarlo en plenamente constitucional.

Así, imponen un elemento nuevo al enunciado normativo, extendiendo los alcances preceptivos a un supuesto de hecho primicialmente no contemplado.

Gaspar Caballero Sierra ["Corte Constitucional y legislador. Contrarios o complementarios". En: Jurisdicción Constitucional en Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000, realidad y perspectivas. Bogotá: Konrad Adenahuer, 2001] señala que en este caso el órgano jurisdiccional constata en el fondo, una omisión legislativa puesto que la regulación es inconstitucional, no por lo que expresamente ordene, sino debido a que su regulación es insuficiente, al no haber previsto determinados aspectos, que eran necesarios para que la norma se adecuara al texto constitucional.

Franklin Moreno Millares [La jurisprudencia constitucional como fuente del Derecho. Bogotá: Leyer, 2002] plantea que los fundamentos de las sentencias aditivas serían las siguientes:

a) El carácter normativo de la Constitución.
b) La efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución.
c) La función jurisdiccional del órgano de control de la constitucionalidad.

En puridad, se expiden para completar leyes cuya redacción róñica presenta un contenido normativo "menor" del exigible constitucionalmente.

En ese sentido, las sentencias indican que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo. De allí que el órgano de control considere necesario "ampliar" o "extender" su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o a ensanchar sus consecuencias jurídicas.

La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales; es decir, que a través del acto de adición se evite que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales.

Es usual que la omisión legislativa inconstitucional afecte el principio de igualdad; por lo que al extenderse los alcances de la norma primigeniamente no previstos para determinados sujetos, en puridad lo que la sentencia consigue es homologar un mismo trato con aquellos que ya estaban comprendidos en la ley cuestionada.

El contenido de lo "adicionado" surge de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o de la interpretación analógica.

Las sentencias aditivas suelen utilizar alguna de las fórmulas siguientes:
- Declárese la inconstitucionalidad de la ley "en cuanto no prevé".
- Declárese la inconstitucionalidad de la ley "en la parte que no prevé".

A guisa de ejemplo, cabe reseñar lo establecido por el Tribunal Constitucional español en la STC 222/1992 que declaró inconstitucional por omisión legislativa una parte de la Ley de Arrendamientos Urbanos en donde se disponía que "al fallecimiento del inquilino titular del contrato de arrendamiento su cónyuge podía subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento". Empero en dicho texto se excluía implícitamente a la conviviente *more uxorio*.

Dicho colegiado declaró la inconstitucionalidad de la ley "en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido.

En el caso de nuestro Tribunal Constitucional la utilización de dicha modalidad puede observarse en los procesos siguientes:

Caso 1
EXPS. N° 0050-2004-AI/TC
N° 0051-2004-AI/TC
N° 0004-2005-AI/TC
N° 0007-2005-AI/TC
N° 0009-2005-AI/TC

- **Demandante:** Colegio de Abogados de Cusco; Colegio de Abogados del Callao; y más de cinco mil ciudadanos con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, contra la Ley N° 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530.

- **Emplazado:** Congreso de la República

- **Fallo:** "(...) 2. Declarar **FUNDADAS EN PARTE** las demandas acumuladas en el extremo que impugnan la constitucionalidad de la Ley N° 28449. En consecuencia, **DECLÁRESE LA INCONSTITUCIONALIDAD: D) De la frase 'de viudez' de la primera oración y del literal b del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530**, según el ***fundamento 150***, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

"**Artículo 32.**- La pensión (de viudez u orfandad) se otorga de acuerdo a las normas siguientes: a) (...)

Se precisa que la inclusión de la frase '(de viudez u orfandad)' en el texto no supone un acto legislativo, sino el ejercicio de la facultad interpretativa aditiva de este Colegiado, cumpliendo así con la presunción *iuris tantum* de constitucionalidad de las leyes que evita su declaración de inconstitucionalidad cuando exista cuando menos un sentido interpretativo que permita considerarla compatible con la Norma Fundamental."

Al respecto, debe tenerse en cuente lo siguiente:

Fund. N° 150: "(...) Pero, al propio tiempo, y a efectos de evitar que dicha declaración de inconstitucionalidad genere una inconstitucionalidad mayor ante la ausencia de una disposición que establezca cuál es la pensión de orfandad que corresponde a los hijos del causante, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la frase 'de viudez' de la primera oración y del literal b del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530, **debiendo interpretarse aditivamente que los literales a y b de dicho artículo en los que se encuentran los porcentajes que permiten calcular la pensión de viudez, son también aplicables para el cálculo de la pensión de orfandad.** De esta forma, de conformidad con la Constitución, el artículo 32 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, queda con el siguiente texto: "*Artículo 32.-* (...)." Precisándose que la inclusión de la frase '(de viudez u orfandad)' en el texto no implica un acto legislativo, sino el ejercicio de la facultad interpretativa aditiva de este Colegiado, cumpliendo así con la presunción *iuris tantum* de constitucionalidad de las leyes que evita su declaración de inconstitucionalidad cuando exista cuando menos un sentido interpretativo que permita considerarlo compatible con la Norma Fundamental. Así la frase '(de viudez u orfandad)' sólo cumple el propósito de incidir en la manera cómo debe ser interpretado el texto a partir de la expedición de la presente sentencia. Y precisándose, a su vez, que a diferencia de los literales a y b, los literales c y d son sólo aplicables a la pensión de viudez.

Caso 2
EXP. N° 0010-2002-AI/TC

- **Demandante:** Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos contra los Decretos Leyes N° 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas.

- Emplazado: Congreso de la República
- **Fallo: FUNDADA,** en parte, (...) **E INFUNDADA,** por mayoría, la demanda en lo demás que contiene, formando parte integrante de la parte resolutiva de esta sentencia a los fundamentos jurídicos N° 56, 58, 59, 62, 63, 65 **[SE REFIERE A ART. 2 DEL DECRETO LEY N° 25475]**, 66, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 88, 93, 104, 106, 107, 128, 130, 131, 135, 137, 142, 146, 154, 159, 172 y 174, y, en consecuencia, son vinculantes para todos los operadores jurídicos dichos criterios de interpretación.

Al respecto debe tenerse en cuenta lo siguiente:

Fund. N° 63: "Es decir, **es inconstitucional el sentido interpretativo que excluye del tipo cualquier referencia a la responsabilidad o culpabilidad del sujeto.** Por lo tanto, los jueces no pueden condenar, al amparo de dicho artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, a una persona por el solo hecho de que se haya lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos señalados en la misma disposición legal sin tomar en cuenta el análisis de su culpabilidad".

Fund. N° 65: "Por ello, **el Tribunal considera que es inconstitucional la norma implícita que se deriva de la frase 'El que provoca, crea o mantiene', en la medida en que no prevé la responsabilidad subjetiva, esto es, la intención del agente como la susceptible de reprocharse penalmente; por lo que tal frase, extendiendo los alcances del artículo VII del Título Preliminar del Código Penal sobre el artículo 2° del Decreto Ley N° 25475, subsistirá con el mismo texto, con el sentido interpretativo antes anotado:** *'El que* ***(intencionalmente)*** *provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella (...)'".*

c) Las sentencias sustitutivas

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley; y simultáneamente incorpora en cambio, un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley.

En puridad, representan una combinación de las sentencias de inconstitucionalidad clásica y las sentencias aditivas, ya que por un lado anulan el precepto legal objeto de control generado en un vicio de regulación; y por el otro, como consecuencia de lo anterior, cubren o llenan el "hueco normativo" por medio de una adición normativa.

Ahora bien, debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico.

La actividad paralegislativa se canaliza en el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador hacia la parte de

la ley cuestionada –y en concreto afectada de inconstitucional–, con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial.

Las sentencias sustitutivas suelen utilizar las fórmulas siguientes:

- Declárese la inconstitucionalidad de la ley "en la parte que" y "dispone (...) en lugar de".
- Declárese la inconstitucionalidad de la ley "en cuanto dispone que" y "establece en sustitución que".

A guisa de ejemplo cabe señalar lo establecido por la Corte Constitucional italiana en la Sentencia N° 15 de fecha 12 de febrero de 1969, en donde declaró la inconstitucionalidad parcial del Código Penal, en lo relativo a la exigencia de subordinación del ejercicio de la acción penal por el delito de vilipendio contra la propia Corte, con sujeción a la previa autorización del Ministerio de Gracia y Justicia.

Al respecto, la Corte consideró que la exigencia de la previa autorización contravenía expresamente su independencia y autonomía funcional; por lo que luego de declarar la inconstitucionalidad parcial del Código Penal, dispuso la "sustitución" del texto expulsado del ordenamiento por una auto aprobación institucional, tal como ya se había regulado en otros aspectos de naturaleza penal.

En el caso de nuestro Tribunal Constitucional la utilización de dicha modalidad puede observarse en los siguientes casos:

Caso
EXP. N° 0009-2002-AI/TC

- **Demandante:** Luis Quispe Candia y más de cinco mil ciudadanos contra los artículos 5°, 6°, 7°, 10°, literales "b" y "c", 11°, 12°, 13°, 14°, 15°, 17°, 18°, 19°, 20°, 21°, 22°, 23°, 25°, literal "d", 29°, 31°, literal "a", 32°, literales "a" y "b", 38°,39°, 41.2°, Primera y Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 27153, ley que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas.

- **Emplazado:** Congreso de la República

- **Fallo:** "FUNDADA, en parte, la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 27153, y en consecuencia, inconstitucionales los artículos 38.1, 39, Segunda y Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 27153, esta última disposición en la parte que señala un *'máximo de (120) ciento veinte días calendario'*; y, por conexión, el artículo 1 de la ley 27232, en la parte que establece *'(60) sesenta días calendario'*, **debiendo interpretarse ambas disposiciones según lo expresado en el fundamento jurídico N° 18.** Integrándose a la parte resolutiva de esta sentencia los fundamentos jurídicos N° 7 y 16; e INFUNDADA en lo demás que contiene".

Al respecto, debe tenerse en cuente lo siguiente:

Fund. N° 18: "(...) En consecuencia, cuando cambia la legislación, y de por medio se encuentra comprometido el ejercicio de determinados derechos fundamentales, todo cambio solo podrá ser válido si es que, además, se encuentra conforme con el principio de seguridad jurídica. Por ello, considera el Tribunal que si el Estado permitió que los inversionistas se dediquen a la explotación de determinadas actividades económicas bajo ciertas condiciones, entonces, no es razonable que poco tiempo después cambie bruscamente tales reglas exigiendo la satisfacción de requisitos y condiciones en un lapso que el Colegiado considera extremadamente breve en atención a las inversiones realizadas. En consecuencia, se estima que el plazo dispuesto en la segunda disposición transitoria impugnada, por ser demasiado breve; vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica".

d) Las sentencias exhortativas

Son aquellas en donde el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales.

Como puede observarse, si en sede constitucional se considera *ipso facto* que una determinada disposición legal es contraria a la Constitución, en vez de

declararse su invalidez constitucional, se confiere al legislador un plazo determinado o determinable para que la reforme, con el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental.

En este tipo de sentencias se invoca el concepto de *vacatio setentiae*, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo. Es decir, se modulan los efectos de la decisión en el tiempo. Dicha expresión es un equivalente jurisprudencial de la *vacatio legis* o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada.

Residualmente el órgano jurisdiccional puede disponer un bloqueo de aplicación; el cual consiste en inaplicar a los casos concretos que dieron lugar al examen de constitucionalidad, quedando suspendidos los procesos hasta la entrada en vigencia, la nueva normatividad ordenada.

Debe señalarse que la exhortación puede concluir por alguna de las tres vías siguientes:

- Expedición de la ley sustitutiva y reformante de la norma declarada incompatible con la Constitución.
- Conclusión *in totum* de la etapa suspensiva; y, por ende, aplicación plenaria de los alcances de la sentencia. Dicha situación se cuando el legislador ha incumplido con dictar la ley sustitutiva dentro del plazo expresamente fijado en la sentencia.
- Expedición de una segunda sentencia. Dicha situación se produce por el no uso parlamentario del plazo razonable para aprobar la ley sustitutiva.

Asimismo, este Tribunal ha emitido en múltiples procesos constitucionales sentencias exhortativas que, a diferencia de las anteriormente descritas, no tiene efectos vinculantes.

Dichas sentencias son recomendaciones o sugerencias, *estrictu sensu*, que, partiendo de su función armonizadora ante los conflictos, se plantean al legislador para que el ejercicio de su discrecionalidad política en el marco de la constitución pueda corregir o mejorar aspectos de la normatividad jurídica. En tales sentencias opera el principio de persuasión y se utilizan cuando, al examinarse los alcances de un proceso constitucional, si bien no se detecta la existencia de un vicio de inconstitucionalidad, se encuentra una legislación defectuosa que de algún modo conspira contra la adecuada marcha del sistema constitucional.

Humberto Nogueira Alcalá [Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución N° 2. México: Porrúa, 2004] expone que este tipo de sentencias cubre el amplio espacio que van desde la formulación de un simple consejo al legislador hasta fórmulas vinculantes en pro de la aprobación de normas arrogantes y sustituyentes por parte de aquel.

En ese contexto la Corte Constitucional colombiana mediante la Sentencia C-436-1994 ha precisado que "el exhorto no debe (...) ser visto como una ruptura de la división de poderes, sino como una expresión de la colaboración de las mismas para la realización de los fines del Estado".

En el caso del Tribunal Constitucional la utilización de dicha modalidad puede observarse en los casos siguientes:

Caso 1
EXPS. N° 0050-2004-AI/TC
N° 0051-2004-AI/TC
N° 0004-2005-AI/TC
N° 0007-2005-AI/TC
N° 0009-2005-AI/TC

- **Demandante:** Colegio de Abogados de Cusco; Colegio de Abogados del Callao; y más de cinco mil ciudadanos con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, contra la Ley N° 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530.

- **Emplazado:** Congreso de la República

- **Fallo:** "(...) HA RESUELTO (...) 5. Se **EXHORTA** al Congreso de la República a cubrir el vacío normativo de la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 28449, al que se hace alusión en el último párrafo del ***fundamento 126***, teniendo presente que dicha omisión no puede ser interpretada en el sentido de que la falta de comunicación del trabajador dentro de los noventa días previstos en la norma, implique que éste permanezca en el régimen del Decreto Ley N° 20530, ni tampoco que ello suponga que el trabajador queda fuera de todo régimen previsional.

Al respecto, debe tenerse en cuente lo siguiente:

Fund. N° 126: " (...) Del análisis de estas disposiciones, surgen algunas conclusiones: (...) - El legislador ha omitido referir en la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 28449, qué sucede si transcurridos los noventa días de plazo, el trabajador no comunica al empleador su opción de afiliación. En tal sentido, este Tribunal exhorta al Congreso de la República a cubrir dicho vacío normativo, teniendo presente que tal omisión no sea interpretada en el sentido que la falta de comunicación del trabajador dentro de dicho plazo implique que éste permanezca en el régimen del Decreto Ley N° 20530, pues ello vulneraría el inciso 2 de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución; ni tampoco que ello implique que el trabajador quede fuera de todo régimen previsional, pues dicha interpretación sería incompatible con el derecho fundamental de libre acceso al sistema de la seguridad social consagrado en el artículo 10 de la Constitución.".

Caso 2
Exp. N.° 1417-2005-aa/TC

- **Demandante:** Manuel Anicama Hernández. Demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), con el objeto que se declare la nulidad de la Resolución N.° 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990, de fecha 2 de agosto de 2002, por considerar que vulnera su derecho fundamental a la pensión, toda vez que resolvió denegar su solicitud de pensión de jubilación adelantada.

- **Emplazado:** Oficina de Normalización Provisional

- **Fallo:** " HA RESUELTO (...) 6. Se **EXHORTA** al Poder Judicial, para que, de conformidad con el Fundamento 61 *supra*, aumente el número de Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo en el Distrito Judicial de Lima y los cree en el resto de Distritos Judiciales de la República.

Al respecto, debe tenerse en cuente lo siguiente:

Fund. N° 61: "Finalmente, el Tribunal Constitucional exhorta al Poder Judicial a aumentar el número de Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo en el Distrito Judicial de Lima y a crearlos en el resto de Distritos Judiciales de la República, a efectos de atender con diligencia y celeridad las preten-

siones que correspondan ser dilucidadas por la jurisdicción ordinaria, como consecuencia de la expedición de la presente sentencia.".

Caso 3
EXP. N.° 2050-2002-AA/TC

- **Demandante:** Flor de Milagros Ramos Colque a favor de Carlos Israel Ramos Colque. Interpone acción de amparo contra la Resolución Suprema N.° 544-2000-IN/PNP del 4 de octubre de 2000 y la resolución suprema ficta derivada como consecuencia de la reconsideración formulada, con el objeto de que se declare su inaplicabilidad y se disponga la reincorporación del afectado en el servicio activo de la Policía Nacional del Perú, con todos sus derechos, beneficios, goces y preeminencias inherentes a su grado, así como el abono por el tiempo de su permanencia en situación de retiro hasta la efectivización de su reposición.

- **Emplazado:** Policía Nacional del Perú – Ministerio del Interior.

- **Fallo:** "**REVOCANDO** la recurrida que, revocando la apelada, declaró improcedente la acción de amparo; y, reformándola, la declara **FUNDADA**; en consecuencia, inaplicable al demandante la Resolución Suprema N.° 544-2000-IN/PNP del 4 de octubre de 2000, y ordena que se reincorpore al demandante a la situación de actividad, con el reconocimiento de sus derechos y prerrogativas inherentes a su grado. **Exhorta, de conformidad con el Fundamento jurídico N°. 21 de esta sentencia (Fund. 25), a los poderes Legislativo y Ejecutivo para que, en un plazo razonable, adecuen las normas del Decreto Legislativo N°. 745 y el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú a los principios y derechos constitucionales.**

Al respecto, debe tenerse en cuente lo siguiente:

Fund. N° 25: Ley de Situación de la Policía Nacional del Perú y necesidad de expedirse una sentencia exhortativa.

Hasta antes de esta sentencia, en un amparo o, en general, en un proceso constitucional de la libertad, jamás el Tribunal Constitucional ha puesto el pronunciamiento expedido en conocimiento directo de sujetos distintos de los que participan en la controversia constitucional, toda vez que éstas tienen, *prima facie*, efectos

inter partes, aunque sus criterios jurisprudenciales vinculen a los jueces y tribunales, tal como lo dispone la Primera Disposición General de la Ley N.° 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la naturaleza de esta resolución y, sobre todo, de los problemas constitucionales advertidos en torno al Decreto Legislativo N°. 745 y al Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, que, dicho sea de paso, no son los únicos, **recomiendan, además de notificar la presente sentencia a las partes, a ponerla en conocimiento de los órganos constitucionales respectivos a fin de que se contemple la conveniencia de introducir las modificaciones correspondientes en el Decreto Legislativo N.° 745 y en el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, que permitan su adecuación a los derechos y principios constitucionales.**

Fund. N° 17: El pase a la situación de disponibilidad de los miembros de la Policía Nacional del Perú

El recurrente alega que se le ha pasado a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria. Dicha sanción disciplinaria está delimitada por el artículo 40° del Decreto Legislativo N.° 745 (...).

Sin embargo, el pase a la situación de disponibilidad no sólo tiene la naturaleza de medida disciplinaria. El artículo 41° del mismo decreto legislativo prevé la posibilidad de que se pueda pasar a dicha situación a un miembro de la PNP, cuando así lo disponga una resolución judicial que haya quedado consentida y ejecutoriada, y sancione con separación temporal del servicio como pena principal o accesoria, o con pena privativa de la libertad...". Es decir, también constituye una sanción judicial y, además, se puede aplicar incluso cuando, pese a no haberse señalado en la sentencia que el pase a la situación de disponibilidad constituye parte de la pena (principal o accesoria), el miembro de la Policía Nacional haya sido condenado con pena privativa de la libertad.

Este Tribunal no considera que sea inconstitucional el pase a la situación de disponibilidad de un efectivo policial, luego que éste fue condenado mediante resolución judicial firme a pena privativa de la libertad (...).

Menos aún puede cuestionarse la legitimidad constitucional del pase a la situación de disponibilidad porque, además de ser una sanción disciplinaria, también puede constituir una pena principal o accesoria, impuesta a través de una resolución judicial que haya quedado consentida y ejecutoriada.

Sí, en cambio, el Tribunal considera que es inconstitucional el artículo 40° del Decreto Legislativo N.° 745, en la parte que estatuye que el pase a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria puede aplicarse "si el hecho o hechos que se (...) imputan legalmente están previstos como delito". En tal supuesto, a diferencia de lo preceptuado por el artículo 41° del mismo decreto legislativo, el pase a la situación de disponibilidad como sanción disciplinaria no es consecuencia de que al sancionado se le haya impuesto una condena a través de una resolución judicial que haya quedado firme; sino del hecho que simplemente se le haya imputado (y no declarado judicialmente) la comisión de un delito. Este Colegiado considera que así entendida la posibilidad de aplicar tal sanción disciplinaria, es violatoria del principio de presunción de inocencia, pues resulta claro que, con la sola imputación de un delito, tal presunción no pierde sus efectos, sino hasta que exista una declaración judicial de responsabilidad penal.

Ello no quiere decir que se permita que el efectivo policial sujeto a un proceso penal continúe en situación de actividad, pues es perfectamente lícito, si es que se compromete a las tareas constitucionalmente reservadas a la Policía Nacional del Perú, que éste sea pasado a la situación de disponibilidad, durante todo el lapso que dure la realización de dicho proceso judicial. Pero en este último caso, el pase a la situación de disponibilidad no puede entenderse como una medida disciplinaria —pues no hay falta administrativa declarada—, ni tampoco puede considerarse como aplicable el plazo previsto en el artículo 47° del Decreto Legislativo N°. 745, según el cual "No podrá volver a la situación de actividad y pasará a la situación de retiro, el personal que haya permanecido, por cualquier causa o motivo, 2 años consecutivos en la situación de disponibilidad". Lo que significa, consecuentemente, que si no existe una resolución judicial que declare la responsabilidad penal del procesado, cualesquiera sean las razones para su dictado, el pase a la situación de disponibilidad deberá revocarse inmediatamente.

Y no puede ser aplicable el artículo 47° del Decreto Legislativo N.° 745, pues una interpretación constitucionalmente conforme de dicho dis-

positivo debe entenderse como aplicable sólo a los casos de sancionados administrativa o penalmente, pero no para aquellos donde el pase a la situación de disponibilidad debería ser, por decirlo así, una medida cautelar, (...).

Por estas razones, el Tribunal Constitucional considera, que es inconstitucional el artículo 40° del Decreto Legislativo N.° 745, en la parte que establece "si el hecho o hechos que se le imputan legalmente están previstos como delito". Asimismo, es inconstitucional que no se haya previsto la posibilidad de aplicar el pase a la situación de disponibilidad como medida cautelar, en los casos a los que antes ha hecho referencia este Tribunal.

No es el mismo caso, desde luego, si la sanción disciplinaria de pase a la situación de disponibilidad se deriva del hecho de que, con independencia de la imputación de haber cometido un delito —que por si solo no basta para sancionar disciplinariamente—, se adopta como consecuencia de haberse infringido además intereses legítimos de la institución policial, que se encuentren previstas en la ley como faltas administrativas. Es decir, que esos mismos hechos constituyan la infracción de otros tantos intereses y bienes jurídicos propios de la institución a la que pertenecen. Sin embargo, en tal caso, no es la imputación de un delito la que amerita la imposición de la sanción del pase a la situación de disponibilidad, sino, concretamente, la infracción de reglas disciplinarias.

No obstante, en una hipótesis semejante, el Tribunal Constitucional considera que cualquier sanción administrativa que pudiera imponerse, sólo podrá darse una vez finalizado el proceso penal, pues si bien en sede judicial no se sancionará por la comisión de una falta administrativa, sino por la comisión de un ilícito (penal), sin embargo, la autoridad administrativa está vinculada por los hechos declarados como probados en sede judicial.

Si, por el contrario, se produjese un supuesto de concurso aparente entre la infracción disciplinaria y la infracción penal, esto es, que con los mismos *fundamentos* se pretendiera sancionar penal y administrativamente a un miembro de la PNP, en ese caso, el procedimiento administrativo disciplinario deberá suspenderse y el órgano administrativo se sujetará a lo que se resuelva en sede judicial. Ello ocurre, especialmente en el ámbito de la jurisdicción militar, pues no sólo tiene competencia para juzgar los denominados delitos de función, sino también para

sancionar por faltas disciplinarias previstas en el Código de Justicia Militar y en las leyes de la materia.

Fund. N.° 23: (...) En definitiva, este Colegiado considera que es inconstitucional la disposición del Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP que autoriza que, por un mismo hecho, y siempre que se haya afectado un mismo bien jurídico, se pueda sancionar doblemente; como es inconstitucional que, como sucede en el presente caso, a su amparo se haya pasado al recurrente a la situación de retiro, pese a que sobre los mismos hechos y sobre el mismo fundamento, fue objeto de una sanción disciplinaria previa.

Caso 4
EXP. N° 0006-2003-AI/TC

- **Demandante:** Edgard Villanueva N. y 64 Congresistas de la República contra el inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República, alegando que el mismo supone un desconocimiento de la institución de la inmunidad parlamentaria y que vulnera los artículos 93°, 99° y °00° de la Constitución, dado que establece que basta una mayoría simple de los presentes en un pleno del Congreso para aprobar una acusación constitucional contra uno de sus miembros, despojarlo de su inmunidad para ser sometido a un proceso judicial e, incluso, suspenderlo en sus funciones, inhabilitarlo o destituirlo.

- **Emplazado:** Congreso de la República

- **Fallo:** "INFUNDADA, en parte, la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República; ordena interpretar la disposición impugnada conforme a los fundamentos 12 y 15 de la presente sentencia, e IMPROCEDENTE en lo demás que contiene. Asimismo, **EXHORTA al Congreso de la República a reformar la Constitución Política conforme a los fundamentos 17 y 27, supra; así como a reformar su Reglamento, con arreglo a los fundamentos 23, 24, 26 y 28".**

Al respecto, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

Sobre la votación necesaria para acusar y sancionar en los juicios políticos

Fund. N° 22: "El Tribunal Constitucional advierte que **aún no se ha previsto en el ordenamiento la votación necesaria para aplicar las sanciones previstas en el primer párrafo del artículo 11° de la Constitución,** en los casos de juicios políticos. Dicha omisión ni siquiera se encuentra prevista en el ordenamiento para casos sustancialmente análogos, razón por la cual, en este caso, no cabe recurrir a una sentencia integrativa".

Fund. N° 23: "Esta omisión, desde luego, puede desencadenar aplicaciones irrazonables de las sanciones previstas en el artículo 100°. En ese sentido, este Colegiado exhorta al Congreso de la República a estipular en su Reglamento la votación necesaria para aprobar una acusación constitucional necesaria para la aplicación de las referidas sanciones.

Para ello deberá tener en cuenta que los artículos 157° y 161° de la Constitución establecen que para la remoción de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura y del Defensor del Pueblo se requiere el voto conforme de los 2/3 del número legal de miembros del Congreso. **Siendo así, a efectos de evitar incongruencias que puedan desprenderse del propio orden constitucional, es necesario que el número de votos para destituir del cargo a los otros funcionarios previstos en el artículo 99° de la Constitución, o, en su caso, para inhabilitar hasta por 10 años para el ejercicio de la función pública, por infracción de la Constitución, no sea menor a los 2/3 del Congreso, sin participación de la Comisión Permanente**".

Sobre el procedimiento aplicable a los juicios políticos

Fund. N° 24: "De otra parte, y en vista de que el procedimiento regulado por el artículo 89° del Reglamento parlamentario se encuentra, *prima facie*, dirigido a regular el procedimiento de acusación constitucional para los casos de antejuicio político, este Colegiado exhorta al Congreso de la República a regular un procedimiento de acusación constitucional para los casos de juicio político, conforme a las características de dicha institución que se desprenden de esta sentencia. En tanto ello ocurra, este Colegiado no encuentra inconveniente en que el procedimiento regulado en los incisos del artículo 89° del reglamento sea aplicado también a los juicios políticos, mientras resulten compatibles con las características de dicha institución".

Fund. N° 25: "De este modo, y resumiendo los criterios expuestos hasta el momento, **debe interpretarse que en los artículos 99° y 100° de la Constitución se contempla tanto el antejuicio político como el juicio político".**

Sobre la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral o física

Fund. N° 26: "(...) En ese sentido, **el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a legislar un procedimiento** y la necesidad de una votación calificada para poder declarar la vacancia presidencial por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución, a efectos de no incurrir en aplicaciones irrazonables de la referida disposición constitucional, para lo cual, al igual que en los casos de juicio político, **debe estipularse una votación calificada no menor a los 2/3 del número legal de miembros del Congreso**".

Caso 4
EXP. N° 0010-2002-AI/TC

- **Demandante:** Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos contra los Decretos Leyes N° 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complentarias y conexas.

- **Emplazado:** Congreso de la República

- **Fallo: "FUNDADA,** en parte la acción de inconstitucionalidad interpuesta y, en consecuencia (...) **ASIMISMO, exhorta al Congreso de la República** para que, dentro de un plazo razonable, reemplace la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto en esta sentencia en los fundamentos jurídicos N° 190 y 194 así como establezca los límites máximos de las penas de los delitos regulados por los artículos 2°, 3°, incisos b) y c); 4°, 5° y 9° del Decreto Ley N° 25475, conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico N° 205 de esta sentencia. **Finalmente, a regular la forma y el modo como se tramitarán las peticiones de nuevos procesos, a los que se refieren los fundamentos 229 y 230 de esta sentencia.** Indica que esta sentencia no genera derechos de excarcelación para los procesados y condenados por la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales en esta sentencia".

Al respecto, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

Fund. N° 229: "Como en diversas ocasiones se ha tenido oportunidad de advertir en esta misma sentencia al juzgar la validez constitucional de las leyes, este Tribunal Constitucional está en la obligación de prever las consecuencias de sus decisiones y, por lo tanto, modular los efectos que sus decisiones generarán en el ordenamiento. En ese sentido, el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional precisa que las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permiten revivir procesos fenecidos en los que se haya hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, salvo, en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 (retroactividad benigna en materia penal) y último párrafo del artículo 74 de la Constitución".

Fund. N° 230: "Considera el Tribunal Constitucional que tal regla al autorizar la eventual realización de un nuevo juzgamiento, no limita la posibilidad del Tribunal Constitucional de modular los efectos en el tiempo de su decisión. Es decir, de autorizar que el propio Tribunal, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, pueda disponer una *vacatio setentiae*, y de esa manera permitir que el legislador democrático regulen en un plazo breve y razonable, un cauce procesal que permita una forma racional de organizar la eventual realización de un nuevo proceso para los sentenciados por el delito de traición a la patria. En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la presente sentencia no anula automáticamente los procesos judiciales donde se hubiera condenado por el delito de traición a la patria al amparo de los dispositivos del Decreto Ley N° 25659 declarados inconstitucionales. Tampoco se deriva de tal declaración de inconstitucionalidad que dichos sentenciados no puedan nuevamente ser juzgados por el delito de terrorismo, pues como expone este Tribunal en los fundamentos N° 36,37 y 38, los mismos supuestos prohibidos por el decreto ley 25659 se encuentran regulados por el decreto ley 25475. En consecuencia, una vez que el legislador regule el cauce procesal señalado en el párrafo anterior, la posibilidad de plantear la realización de un nuevo proceso penal, ha de estar condicionada en su realización a la previa petición del interesado. Por ello, el Tribunal Constitucional exhorta al Poder legislativo a dictar en un plazo razonable la forma y el modo con el que se tramitarán, eventualmente, las reclamaciones particulares a las que antes se ha hecho referencia".

Caso 5
EXP. N° 3533-2003-**AA/TC**

- **Demandante:** Eddy Luz Ccanto y otros

- **Emplazado:** Presidencia del Consejo de Ministros y de los ministerios de Justicia y Economía y Finanzas, solicitando que se ponga fin a la violación de su derecho de igualdad y se extiendan a los magistrados provisionales y suplentes los beneficios establecidos en el Decreto de Urgencia N° 114-2001, su fecha 28 de setiembre de 2001, que asignó sumas de dinero, por concepto de "gastos operativos", a todos los magistrados titulares desde el mes de octubre de 2001.

- **Fallo:** "Declarar IMPROCEDENTE la demanda. Exhorta al Poder Ejecutivo a que incluya a los magistrados y fiscales provisionales y suplentes como beneficiarios del monto que otorga por gastos operativos el Decreto de Urgencia N° 114-2001, de conformidad con lo expuesto en el fundamento 15, supra".

Al respecto, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

Fund. N° 14: En ese orden de ideas, **este Colegiado advierte que el Decreto Legidslativo N° 114-2001, en sentido estricto, ha generado una omisión relativa,** pues el carácter incompleto de la referida norma, que tiene rango de ley, está directamente vinculado con el principio-derecho de igualdad de los recurrentes, debido a que otorga beneficios a los magistrados titulares sin referirse a los provisionales y suplentes, los mismos que, desde el punto de vista constitucional, merecen el mismo tratamiento.

Fund. N° 15: "Por ello, teniendo en consideración la naturaleza del proceso constitucional de amparo, señalado en el fundamento 2, supra, que no permite que la presente demanda sea estimada en esta instancia, este Tribunal considera pertinente exhortar al Ejecutivo a que subsane la omisión del decreto de urgencia materia del presente proceso, e incluya a los magistrados y fiscales, provisionales y suplentes como beneficiarios del monto que otorga por gastos operativos".

e) Las sentencias estipulativas

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad establece en la parte considerativa de una sentencia, las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional.

En ese contexto, se describirá y definirá en qué consisten determinados conceptos.

Las sentencias estipulativas suelen utilizar las fórmulas siguientes:

- Debe concluirse que la expresión (...) quiere decir (...).
- Declárese estipulativamente que la expresión (...) se define como (...).

En el caso de nuestro Tribunal Constitucional la utilización de dicha modalidad puede observarse en los casos siguientes:

Caso 1
EXP. N° 0001-2004-AI/TC
N° 002-2004-AI/TC

- Demandante: don Carlos Guillermo Repetto Grand y por don Gerardo Raúl Vizcardo Otazo, cada uno en representación de más de 5,000 ciudadanos con firmas debidamente certificadas, contra diversos artículos de la Ley N.° 28046, que crea el fondo y la contribución solidaria para la asistencia previsional.

- Emplazado: Congreso de la república

- Fallo: "Declarar INFUNDADAS las demandas de inconstitucionalidad de autos.".

Al respecto, debe tenerse en cuente lo siguiente:

Fund. N° 15: "Los recurrentes, de esta manera, se equivocan al considerar que este Tribunal ha consagrado jurisprudencialmente un derecho constitucional "a la intangibilidad del monto de las pensiones", pues, (...) dicho monto podría ser reducido, esto es, limitado legítimamente, siempre y cuando se respeten las siguientes condiciones:

a) Que no sean afectados los componentes del derecho adquirido a la pensión, a los que se ha hecho alusión en el FJ. 8, supra; b) Que la reducción sea inspirada en razones de utilidad pública o interés social y con el objeto de preservar el bienestar general o bien común dentro de una sociedad democrática; c) Que sea

realizada por vía legal; d) Que, aun cuando la restricción o limitación se presente a nivel subjetivo (personas individualmente consideradas), continúe manteniéndose un nivel de progresividad objetivo en el derecho a la seguridad social, de manera tal que la colectividad verdaderamente representativa de la situación que afronta el Estado en materia de seguridad social no vea afectado su derecho.

Fund. N.° 16: Así pues, **habiendo quedado meridianamente claras las condiciones en base a las cuales es posible reducir el monto de las pensiones, corresponde determinar si la Ley impugnada cumple con dichos requisitos, a efectos de determinar su legitimidad o ilegitimidad.**

Fund. N.° 20. "Tope pensionario" es la denominación coloquial asignada al monto máximo de pensión que puede recibir un pensionista de un determinado régimen. Tiene por función imponer un límite objetivo al monto de las pensiones, de manera tal que se permita al Estado un control en el reajuste periódico y progresivo de las pensiones, ponderando el derecho constitucional a un sistema de seguridad social que asegure una vida digna, con la previsión y capacidad presupuestaria del Estado. Así pues, el pago de la pensión del cesante o jubilado tendrá como "tope" el monto máximo previsto en el ordenamiento jurídico, aun cuando, conforme al sistema de cálculo de la pensión, ésta alcance un monto superior.

Fund. N° 39: "El principio de legalidad en materia tributaria se traduce en el aforismo nullum tributum sine lege, consistente en la imposibilidad de requerir el pago de un tributo si una ley o norma de rango equivalente no lo tiene regulado. Este principio cumple una función de garantía individual, al fijar un límite a las posibles intromisiones arbitrarias del Estado en los espacios de libertad de los ciudadanos, y cumple, también, una función plural, toda vez que se garantiza la democracia en los procedimientos de imposición y reparto de la carga tributaria, puesto que su establecimiento corresponde a un órgano plural donde se encuentran representados todos los sectores de la sociedad. (...) Debe precisarse que para la plena efectividad del principio de legalidad, los elementos constitutivos del tributo deben estar contenidos cuando menos en la norma de rango legal que lo crea, es decir, el hecho generador (hipótesis de incidencia tributaria), sujeto obligado, materia imponible y alícuota.

Fund. N.° 40: "Así las cosas, la ley cuestionada no vulnera el principio in comento, toda vez que cada uno de los elementos constitutivos del tributo se en-

cuentran previstos en ella: a saber, el hecho generador, el sujeto obligado y la materia imponible (previstos todos en el artículo 5° de la norma impugnada), así como la alícuota (estipulada en su artículo 7°)."

Fund. N° 55: "Esta afirmación permite sostener que el concepto de progresividad no supone absoluta imposibilidad de regresión en los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, en la medida que ello quede plenamente justificado considerando atención a la totalidad de los recursos que disponga el Estado, y siempre que existan razones de interés social que así lo impongan.

Fund. N° 56: "Por lo demás, debe tenerse presente que el concepto de progresividad constituye un concepto netamente objetivo y no subjetivo, motivo por el cual el análisis de las eventuales regresiones que en materia de seguridad social realice el Estado no pueden ser analizadas a la luz de un grupo de pensionistas no representativos de la situación que afronta el Estado en dicha materia. (...).

Caso 2
EXP. N.° 2192-2004-AA /TC

- **Demandante:** Gonzalo Antonio Costa Gómez y doña Martha Elizabeth Ojeda Dioses. Demanda de amparo intrepuesta contra el alcalde de la Municipalidad Provincial de Tumbes, con el objeto de que se declare sin efecto la Resolución de Alcaldía N.° 1085-2003-ALC-MPT, de fecha 16 de diciembre de 2003, que les impuso la sanción de destitución de sus puestos de trabajo.

- **Emplazado:** Municipalidad Provincial de Tumbes

- **Fallo:** "HA RESUELTO (...) 1. Declarar **FUNDADA** la presente acción de amparo."

Al respecto, debe tenerse en cuente lo siguiente:

Fund. N° 18: "El principio de proporcionalidad, como ya se adelantó, está estructurado por tres subprincipios: de necesidad, de adecuación y de proporcionalidad en sentido estricto. (...) Esto supone que cuando el Tribunal se enfrenta a

un caso donde existe conflicto entre dos principios constitucionales, deberá realizar no sólo un ejercicio argumentativo enjuiciando las disposiciones constitucionales en conflicto (ponderación), sino también deberá evaluar también todas las posibilidades fácticas (necesidad, adecuación), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada.

A partir de estas premisas, pese a que en el presente caso ha quedado ya constatada la violación de los principios constitucionales de legalidad (taxatividad), debido proceso y la garantía de la motivación de las resoluciones administrativas, así como el derecho de defensa; resulta pertinente establecer si la medida de destitución impuesta a los recurrentes era la única que preveía el ordenamiento jurídico frente a los hechos investigados en el procedimiento administrativo, en el supuesto de que estos hayan sido correctamente determinados mediante un debido procedimiento administrativo."

Caso 3
EXP. N° 0014-2002-AI/TC

- **Demandante:** Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N° 27600, por estimar que Congreso de la República se está arrogando atribuciones que son propias del poder constituyente originario, inalienable e intransferible, pues bajo el membrete de "reforma total", pretende estatuir una nueva Constitución.

- **Emplazado:** Congreso de la República

- **Fallo:** "INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad".

Al respecto, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

Fund. N° 124: "Más problemático es el término 'Constitución nueva', pues, por 'nueva' puede interpretarse 'la última Constitución en el tiempo', con independencia de si se han cambiado o no, en ella, los principios fundamentales plasmados en la anterior. También puede interpretarse que la 'nueva' debe ser, por definición, distinta en su contenido esencial a la antigua, es decir, si por Constitución nueva se entiende esto último, estaríamos en igual premisa que con el término 'reforma total'; y si por Constitución nueva entendemos solo la que es posterior a

otra en el tiempo, no se trataría necesariamente –aunque podría serlo– una reforma total de la Constitución vigente".

Fund. N° 125: "Al respecto, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, 'nuevo' significa 'recién hecho', y también 'repetido o reiterado para renovarlo', 'distinto a lo anterior', 'que se añadía algo que había antes', por lo que debemos concluir que la palabra 'nuevo' es algo concurrentemente 'distinto y posterior' en el tiempo, pero que, empero, presupone algo que anteriormente estuvo vigente. Pero ¿Qué tan distinto? No puede ser 'otra' Constitución completamente diferente, pues ya no sería 'nueva', ya que este calificativo presupone una anterior. **Por consiguiente, debe concluirse que Constitución nueva quiere decir una Constitución posterior en el tiempo, algo distinta, pero basada en la anterior**".

3.3. Las sentencias desestimativas

Las sentencias desestimativos son aquellas que declaran, según sea el caso, inadmisibles, improcedentes o infundadas las acciones de garantía, o resuelven desfavorablemente las acciones de inconstitucionalidad. En este último caso, la denegatoria impide una nueva interposición fundada en idéntico precepto constitucional (petición parcial y específica referida a una o varias normas contenidas o en una ley); además, el rechazo de un supuesto vicio formal no obsta para que esta ley no pueda ser cuestionada ulteriormente por razones de fondo. Ahora bien, la praxis constitucional reconoce una pluralidad de formas y contenidos sustantivos de una sentencia desestimativo, a saber:

La desestimación por rechazo simple: En este caso el órgano de control de la constitucionalidad resuelve declarar infundada la demanda presentada contra una parte o la integridad de una ley o norma con rango de ley.

La desestimación por sentido interpretativo (interpretación *strictu sensu*): En este caso el órgano de control de la constitucionalidad establece una manera creativa de interpretar una ley parcial o totalmente impugnada. Es decir, son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la constitucionalidad de una ley cuestionada, en la medida que se la interpreta en el sentido que este considera adecuado, armónico y coherente con el texto fundamental.

En ese entendido, se desestima la acción presentada contra una ley, o norma con rango de ley, previo rechazo de algún o algunos sentidos interpretativos considerados como infraccionantes del texto *supra*. Por ende, se establece la obligatoriedad de interpretar dicha norma de "acuerdo" con la Constitución; vale decir, de conformidad con la interpretación declarada como única, exclusiva y excluyentemente válida.

GLOBALIZACIÓN
Y LIBRE COMERCIO

Dimensiones laborales de la globalización: Lo laboral en los procesos de integración y los tratados de libre comercio*

Mario Pasco Cosmópolis
Catedrático Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Secretario General de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex Presidente de la SPDTSS.

Sumario

I. La globalización y sus efectos. El impacto en el mundo del trabajo. Las consecuencias. El impacto en el derecho del trabajo.

II. Integración y tratados de libre comercio: Aspectos laborales. Globalización, integración regional y tratados de libre comercio. La Comunidad Andina de Naciones y su agenda social. El componente laboral en los tratados de libre comercio. El núcleo duro de los derechos laborales. El componente laboral en los acuerdos de libre comercio de los Estados Unidos de Norteamérica en la región.

III. El posible TLC entre EE.UU y Colombia, Ecuador y Perú. Los aspectos laborales de un posible TLC entre E.E.U. y Colombia, Ecuador y Perú. Enfoque crítico y prospectivo. Los términos de la negociación. Las estrategias de negociación. Perspectivas realistas de la posibilidad de firma del TLC.

A modo de conclusión.

El Perú integra la Comunidad Andina, importante esfuerzo de integración subregional, y está en negociaciones juntamente con Colombia y Ecuador, para un tratado de libre comercio con los Estados Unidos, como ya lo han hecho anteriormente México y Chile, y los países centroamericanos. Es doble, pues, el interés que presenta el estudio de tan rica materia desde la doble perspectiva de la integración y el libre comercio.

Como han destacado los organizadores del Congreso, tales procesos se enmarcan dentro del contexto más general signado por el proceso de globalización, así como por los movimientos mundiales por armonizar la eficiencia económica y la equidad social, emblemáticamente encabezados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

* Ponencia presentada en el V Congreso Regional Americano de Relaciones de Trabajo, Santiago de Chile, julio 20005

Por ello, en la presente ponencia se examinarán someramente estos tópicos, para culminar con una reflexión acerca de la viabilidad de que el referido tratado culmine en un acuerdo satisfactorio para nuestros países, cuyo destino se juega en su capacidad para insertarse activa y provechosamente en las corrientes que hoy prevalecen en la economía mundial.

I. LA GLOBALIZACIÓN Y SUS EFECTOS

La globalización ha sido definida como "un proceso en virtud del cual las economías nacionales se integran de modo progresivo a la economía mundial, hasta el punto de que su evolución depende cada vez más de los mercados internacionales y en menor medida de las políticas económicas de los gobiernos nacionales" [1], o sea una creciente internacionalización e interdependencia de las economías dentro de un único y gigantesco mercado comercial, financiero y bursátil.

Aunque hay quienes sostienen que no es un fenómeno en verdad nuevo y que las economías, de un modo u otro, han estado siempre intervinculadas, lo que caracteriza y califica al proceso es su inmensa e incontenible expansividad, que se origina – y a la vez se basa y se sustenta – en comunicaciones instantáneas y muy baratas, en el avance de los transportes y el prodigioso desarrollo de la informática.

Más que una ideología, aunque tenga una, debemos pensar en ella como un movimiento, un hecho de la realidad, una etapa hacia un escenario distinto de la historia económica, con profundas implicaciones en el terreno de lo social, lo cultural y aún lo político.

Contrariando a la física tradicional – y tomando prestada sin proponérselo la teoría einsteniana de la relatividad – logra que el espacio mundial se achique y el tiempo se acelere, al permitir que países, instituciones, empresas y personas separadas por miles de kilómetros se pongan en contacto de forma instantánea, y dialoguen, negocien y hagan en contados segundos transacciones que antes hubieran requerido días, semanas y aún meses.

[1] MONEREO PÉREZ, José Luis. *El derecho social y del trabajo en el mundo de la tercera revolución mundial,* En: J.R. CAPELLA et at. Transformaciones del derecho en la mundialización, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1999, p. 233

El proceso está soportado en algunos pocos, pero muy importantes, elementos materiales que se refieren a la infraestructura – transporte, comunicaciones, etc. – o sea el *hardware*; y otros inmateriales que vendrían a ser su *software*: un conjunto de conceptos centrales y un paquete de medidas económicas, en torno a lo que se ha venido a llamar la ideología neoliberal, cuya concreción formal se dio a través del "Consenso de Washington": apertura indiscriminada de los mercados, caída de las barreras arancelarias, una creciente y cada vez más profunda división internacional del trabajo, una mayor sofisticación del trabajo, que se desplaza de la industria a los servicios, y la minimización del Estado, de sus roles, de sus competencias y responsabilidades.

Hay un dios supremo: el mercado. Y un paradigma: la competitividad.

El mercado, imaginado como perfecto y omnipotente, es el gran asignador de los recursos, y en tanto que perfecto no puede ser objeto de interferencias que puedan desviarlo en su función providencial. El Estado sólo debe velar e intervenir en aquellas situaciones límite en que el mercado pueda sufrir algún tipo de distorsión, que en esencia sólo puede provenir de factores que afecten la libre competencia.

Alienta, pues, la competitividad basada en el individualismo y no en los intereses colectivos. El funcionamiento del mercado como escenario social perfecto "se basaría en la aceptación voluntaria de los individuos, a partir de sus intereses particulares, sin atender a los fines colectivos. Las interacciones sociales quedan reducidas a relaciones de mercado. El centro se pone en el individuo, y la sociedad deja de ser una categoría con características propias, reflejando en cambio un mero agregado de personas distintas, cada una atendiendo sus propios fines. Los derechos personales son reducidos a derechos del mercado, y la libertad es presentada negativamente, como ausencia de coerción y en especial restringida a la libertad de comprar y vender. Es el mercado donde se realiza la libertad personal. Para asegurar su correcto funcionamiento debe estar protegido de intervencionismos y en especial, de los provenientes del Estado" [2].

La reducción o reconducción de todos los procesos y todas las relaciones a la esfera de lo económico reconoce en el trabajo sólo un insumo de la producción, de

[2] GUADYNAS, Eduardo: *Pequeña empresa y desarrollo*. En Pretextos. Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (DESCO), No. 7, Lima 1995, pp. 69-71 y 24-25.

allí la expresión "recursos humanos". A su vez, la estimulación del individualismo implica un rechazo a la solidaridad. "De hecho, según Hayek, son los individuos persiguiendo sus propios intereses y beneficios los que determinan la marcha de la sociedad. Allí no hay lugar para la razón ni para una ética de solidaridad o altruismo (...) Esta propuesta se sustenta en un tipo de mercado competitivo, de donde otros órdenes de mercado que dan cabida a otros tipos de relación (reciprocidad, canje, solidaridad, etc.) son también excluidos" [3].

EL IMPACTO EN EL MUNDO DEL TRABAJO

No quizás como consecuencia, sino más bien como asiduos acompañantes de la globalización y casi un requisito para ésta, se dan profundos cambios en la forma de producir y hasta entender el trabajo, lo cual se refleja en una serie de aspectos.

En la forma de la producción

La sociedad industrial se desarrolló sobre la base de un modelo - conocido como fordista-taylorista, por haber sido Henry Ford quien lo implementara y Taylor quien lo sustentara teóricamente – cuyo epítome es la producción serial: cada trabajador ejecuta una fracción pequeña y concreta del proceso, el cual se cumple a través de la suma concatenada de las diversas tareas.

Hoy viene a ser sustituido por el modelo calificado como "toyotista" de trabajo en grupos y *just in time*. Con la declinación del modelo fordista aparece el concepto de "especialización flexible" caracterizado por la producción de una serie de productos con el fin de satisfacer mercados diferenciados y cambiantes, el uso de tecnología fácilmente adaptable, la existencia de grupos de empresas o comunidades de pequeñas empresas. El toyotismo se caracteriza por una innovación tecnológica que consiste en la comunicación a través de computadoras entre la empresa madre y los oferentes, y una innovación organizacional, denominada "producción a justo tiempo", lo que significa que los subcontratistas entregan sus productos al último momento reduciendo así los costos de inventarios"[4].

[3] Ibid., p. 28.

[4] MIFFLIN, Iván, *Globalización, Pequeña Empresa y Desarrollo* En: Pretextos. Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (DESCO). N° 7 Julio 1995. p. 69-74

La descentralización productiva

La desintegración de las empresas y la subsecuente satelización se traduce en el progresivo desmantelamiento de los grandes conglomerados productivos y la distribución de parcelas de la producción en múltiples empresas satélites, en lo que se suele llamar *outsourcing* o tercerización. La empresa mastodóntica, constituida por gigantescos establecimientos fabriles que ocupan a millares de trabajadores, es reemplazada por unidades descentralizadas, altamente especializados, de menor dimensión y con una plantilla laboral reducida.

Sofisticación técnica

Los nuevos contratos laborales, dentro de una sociedad que se apoya cada vez más en la tecnología, exigen de los trabajadores un alto grado de preparación profesional, sin garantizarles empero una ocupación de por vida. Antes bien, lo que se impone es la polivalencia técnica, requisito de la hoy denominada *empleabilidad.* Al trabajador se le inculca la convicción de que debe labrarse solo su propio futuro, no a través del enganche perpetuo con una única gran empresa, dentro de la cual hacer carrera, sino con la rotación continua en diversos puestos de trabajo que exigen habilidades y conocimientos diversos.

Las nuevas tecnologías amortizan puestos de trabajo de escasa calificación, para sustituirlos por otros de alta exigencia técnica. Desafortunadamente, los puestos que se crean son inferiores en número a los que desaparecen, lo que es alimento constante del desempleo, una de las lacras colaterales del proceso.

Auge de la intermediación laboral

Las exigencias, muchas veces insoslayables, de flexibilidad para la contratación son satisfechas mediante el recurso de utilizar empresas proveedoras de mano de obra. La intermediación laboral, que antaño sólo existía para la provisión de plazas temporales para cubrir necesidades coyunturales o tareas ajenas al ciclo central de la producción, ahora se amplía para abarcar incluso puestos de trabajo que corresponden a la actividad principal.

El auge de la intermediación en muchos de nuestros países es un fenómeno inédito cuyas consecuencias han sido negativas, en la generalidad de los casos, lo que ha motivado que sea objeto tanto de críticas cuanto de control y estricta regulación, para relegarla a ámbitos restringidos, ya que su contribución económica es pobre en comparación con lo que significa de pérdida para los trabajadores.

Precarización de la contratación

Los contratos temporales, que otrora se utilizaban para cubrir necesidades transitorias, se han convertido en muchos países en mecanismos permanentes de reclutamiento y rotación de personal. Recogidos en las legislaciones como un método válido de fomento del empleo, las estadísticas demuestran que no cubren tal finalidad y repercuten, más bien, en la precarización de la contratación, con la correlativa disminución de las condiciones de trabajo.

LAS CONSECUENCIAS

El resultado de todos estos cambios se ve reflejado, por un lado, en las cifras del desempleo; por otro, en los niveles salariales; y en todos, finalmente, en el decaimiento de las condiciones de trabajo.

Desde la visión económico-social del asunto, son cuatro los principales efectos laborales que derivan de la apertura comercial y la integración económica:

El análisis efectuado por la OIT [5] en países de la región sobre la evolución del empleo, la productividad y los salarios tras la apertura muestra un comportamiento que se repite en diversos países:

1. En relación al crecimiento del empleo: El empleo total ha aumentado a tasas inferiores de las de la oferta laboral, con el consiguiente aumento del desempleo y en especial del subempleo
2. En relación a la estructura de empleo: Se observa una reducción del empleo público.

[5] Ápud TOKMAN, Víctor E. y Daniel MARTÍNEZ. *La agenda laboral en la globalización: Eficiencia económica con progreso social.* Oficina Internacional del Trabajo (OIT), 1999. p. 3-7.

En el empleo privado hay una reducción del mismo en los sectores de producción de bienes y servicios transables que compiten con importaciones (el cual hubiera sido mayor sí la caída del nivel de empleo en las empresas medianas y grandes no hubiera sido compensado por un aumento en el nivel de empleo en las pequeñas y micro empresas), y un aumento en el de los no transables. Sin embargo, el aumento en este último sector se basó principalmente en los nuevos empleos de mala calidad generalmente en el sector informal.

No tan sólo se ha reducido el empleo en el sector transable, sino que además se ha precarizado en las micro y pequeñas empresas como en las medianas y grandes.

3. En relación a la productividad del trabajo: Se observa un aumento en los sectores transables y menor en los no transables. El aumento en el primer sector se debe al crecimiento de la producción, a la reducción del empleo y al rezago cambiario.
4. En relación a los ingresos provenientes del trabajo: En materia de salarios no se observa una disminución en los diferenciales salariales sino más bien un aumento, como consecuencia del incremento de los salarios reales de los trabajadores calificados en el sector transable producto de la reducción del empleo en el mismo sector.

Todos estos efectos generan consecuencias laborales y sociales positivas y negativas. Entre las positivas, se destaca la relativa recuperación de la capacidad adquisitiva de la población que junto al aumento del empleo de baja calificación, explican la reducción de la pobreza en muchos países de la región.

Entre las consecuencias negativas se pueden destacar: el aumento del desempleo así como el aumento del empleo de mala calidad y la precarización del empleo asalariado, junto con el comportamiento negativo de los diferenciales de ingreso. Todo ello ha generado tres elementos negativos en los diferentes países:

a) Inestabilidad e inseguridad laboral
b) Desigualdad entre la población laboral, en materia de productividad e ingreso, de protección laboral y social, y de posibilidades de negociación. El crecimiento del empleo informal de baja calidad y del empleo precario debi-

lita las organizaciones sindicales, reduciendo las posibilidades de negociación de los trabajadores.

c)Diferenciación social manifestada en los altos porcentajes de población socialmente excluida.

En conclusión estamos ante una paradoja: mientras los indicadores macroeconómicos y macrosociales indican altas tasas de crecimiento económico y social, gran parte de la población se siente insegura respecto al futuro y percibe que la desigualdad social ha aumentado junto a la exclusión.

Efectos muy perceptibles se dan también en las relaciones colectivas, con una marcada retracción de la actividad sindical y la pérdida de espacios para la negociación colectiva.

EL IMPACTO EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Lo reseñado líneas arriba hace al impacto que la globalización acarrea en la forma de producir y de trabajar, y está referido en parte a lo que acontece en los países de alto desarrollo, y parte a lo que sucede en nuestros países. Veamos lo que esto significa en el mundo de lo jurídico.

La flexibilización

Como paradigma del pensamiento neoliberal, surgió con enorme fuerza expansiva el criterio de que la legislación laboral generaba rigideces que atentaban contra la vivacidad de las empresas, restándoles capacidad para competir dentro de un mundo globalizado. La propuesta derivada de tal premisa fue la exigencia de la flexibilización de las normas laborales.

Estaba implícito – y muchas veces llegó a hacerse explícito – el cuestionamiento al derecho laboral como tal. La rudeza de estos embates ha sido tan abierta y persistente que ha llevado a alguno a preguntarse cuál es el futuro del derecho del trabajo o, con una dosis combinada de escepticismo y melancolía, si tiene el derecho del trabajo algún futuro.

La flexibilización, sus metas y sus métodos

La flexibilización consiste, en nuestra opinión, en una modificación actual o potencial de las normas laborales que se traduce en atenuación de los niveles de protección de los trabajadores y que frecuentemente va acompañada de una ampliación de la facultad patronal de dirección.

De esta definición se desprende, en primer lugar, que la modificación normativa es en sentido necesariamente peyorativo hacia los trabajadores, cuyos derechos son considerados excesivos o exagerados. La misma puede afectar directamente estos derechos o sólo autorizar su eventual afectación, es decir, puede ser actual o potencial.

Los objetivos explícitos o implícitos de la flexibilización vienen a ser, en buena cuenta y por una parte, una disminución de los alcances del principio protector del derecho laboral y, por otra, retornar al patrono capacidades de administración cuando la normativa laboral los ha reducido de modo extremado. La flexibilidad apunta, pues, a otorgar a la empresa la posibilidad "de contar con mecanismos jurídicos que le permitan ajustar su producción, empleo y condiciones de trabajo ante las fluctuaciones rápidas y continuas del sistema económico (demanda efectiva y diversificación de la misma, tasa de cambio, intereses bancarios, competencia internacional), las innovaciones tecnológicas y otros factores que demandan ajustes con celeridad" [6].

Manifestaciones

Las manifestaciones más tangibles y al mismo tiempo más trascendentes se han dado en torno a la continuidad del contrato de trabajo. El principio de continuidad tiene como punto basal el criterio de que el contrato de trabajo debe durar tanto como la causa que le da origen y, por lo tanto, sólo extinguirse cuando esa causa desaparece o sobreviene otra que justifica su conclusión. De ello derivan los dos extremos como se presenta: en el origen del contrato, al exigir que los contratos temporales sólo se legitimen cuando exista un motivo transitorio o coyuntural (lo que implica no autorizarlos para cubrir necesidades permanentes); y

[6] HOYOS, Arturo: *La flexibilización del derecho laboral en Panamá (1986-1988)*, en *La flexibilizacion del trabajo. Un estudio internacional*, Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado, Barquisimeto 1990, p. 149.

en la terminación del contrato, al prohibir el despido – en su expresión extrema o de estabilidad absoluta – o restringirlo, limitarlo o condicionarlo – en su manifestación moderada o de estabilidad relativa.

La flexibilización ha apuntado hacia ambos extremos: por un lado, al ampliar de manera ostensible las causas que justifican la contratación temporal, cuando no facilitándola sin exigir causa; y por otro, al reducir las indemnizaciones por despido o, en general, hacerlo más simple, más expeditivo o menos oneroso.

Otro cambio capital es la redistribución del tiempo de trabajo en jornadas acumulativas, flexibles o, en general atípicas.

II INTEGRACIÓN Y TRATADOS DE LIBRE COMERCIO: ASPECTOS LABORALES

Una de las expresiones del fenómeno de la globalización es la proliferación de acuerdos que buscan liberalizar el comercio entre países, en forma bi o multipartita o de la integración regional o subregional.

Interesa examinar la incidencia que procesos así pueden tener en el ámbito laboral, porque uno de los componentes básicos de procesos y tratados de esa naturaleza es el que atañe a estos aspectos como reflejo de una búsqueda de armonización entre la eficacia económica y la proyección social.

Globalización, integración regional y tratados de libre comercio

Dos fenómenos concurrentes con la globalización, acaso provocados o incentivados o acelerados por ésta, son en efecto la integración y los acuerdos de libre comercio. Para algunos son especies de un solo género, esto es, grados o niveles de un mismo proceso. En esa línea Virgilio Levaggi[7] señala que: "De acuerdo al esquema clásico de la integración pueden generarse un *Área de Libre Comercio* (aranceles y medidas paraarancelarias son eliminadas entre los países miembros aunque cada integrante mantiene tales restricciones al comerciar con terceros países), una *Unión Aduanera* (se eliminan las restricciones al movi-

[7] En documento presentado al Taller Nacional Tripartito "Integración Regional, Libre Comercio y Derechos Laborales", realizado en la ciudad de Lima los días 8 y 9 de noviembre de 2004.

miento de mercadería en los países participantes y se aplica un arancel externo común a las importaciones de terceros países), un *Mercado Común* (no sólo hay libre circulación de mercaderías sino también de los factores de producción, capital y trabajo), una *Unión Económica* (la supresión de restricciones a productos y factores de producción se combina con la armonización de políticas nacionales para evitar la discriminación) y hasta una *Integración Económica Total* (unificación monetaria, fiscal, social con una autoridad supranacional con capacidad de obligar a los estados miembros)"[8].

Otros en cambio encuentran diferencias de sustancia. Así, mientras los acuerdos de libre comercio agotan sus efectos al interior de las economías de los países que los adoptan, los acuerdos de integración se proyectan hacia el exterior. Los acuerdos de libre comercio propenden a eliminar las barreras arancelarias y paraarancelarias entre los países, lo cual es también una meta en los de integración, pero en éstos se añade una cierta cuota de proteccionismo del mercado interno frente a las importaciones exógenas, a través, por ejemplo, de un arancel externo común y se apunta a logros más ambiciosos en lo social y lo político.

Desde esa perspectiva, puede considerarse que los acuerdos de integración son acuerdos de libre comercio más complejos o, al revés, que éstos son formas primarias y parciales de integración.

Ahora bien, tanto en los procesos de integración como en los acuerdos de libre comercio, la presencia de lo social no es uniforme. Los acuerdos económicos de integración regional responden a diversas tipologías y se fijan metas u objetivos de diverso alcance o intensidad. Así, por ejemplo, es claro que la Unión Europea apunta a una integración absoluta, que desbordando el campo de lo económico y lo social, se dirige a una unidad de tipo político. Otros acuerdos - como NAFTA, por ejemplo - tienen el acento marcado en lo económico, con contenido social escaso y contenido político nulo.

La Comunidad Andina de Naciones - CAN -, a la que pertenecen Colombia, Ecuador y Perú, se ubica en un punto intermedio, porque tiene propuestas clara-

[8] Similar esquema, pero con mayor número de escalones, desarrolla Daniel Martínez (El mundo del trabajo en la integración económico y la liberalización comercial. OIT, Ginebra 2004, p. 15): a) Áreas o zonas de preferencias económicas, b) A'reas o Zonas de libre comercio, c) Unión aduanera, d) Mercado común, e) Unión monetaria, f) Unión económica y monetaria, y g) Unión política.

mente económicas - como es en esencia la creación de un mercado común interno - y también sociales, traducidas en la armonización de políticas y la aproximación de sus legislaciones laborales - pero en ningún momento ha insinuado ningún tipo de integración política.

La comunidad Andina de Naciones y su agenda social

Origen y evolución

La Comunidad Andina de Naciones es una organización subregional con personería jurídica internacional que nació bajo el nombre de Pacto Andino; en su fundación participaron Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, habiéndose posteriormente adherido Venezuela en 1973 y separado Chile en 1976. En reiteradas reuniones, Panamá ha participado como observador.

La población conjunta de los cinco países que hoy conforman la CAN es superior a 120 millones de habitantes, dentro de un territorio que abarca 4 710 000 kilómetros cuadrados [9].

Estructura y organización funcional

El órgano de cúpula es el Consejo Presidencial Andino integrado por los presidentes de los respectivos países, y tiene como órganos de dirección y decisión el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la CAN, conformada por los ministros de Comercio y de Integración. El Parlamento Andino es su órgano legislativo o deliberante y el Tribunal de Justicia de la CAN, su órgano jurisdiccional. El órgano ejecutivo es la Secretaria General, que junto con otros órganos e instituciones desarrolla diversas iniciativas vinculadas a la Agenda Social de la integración andina, la cual fue renovada con las más recientes directrices presidenciales.

Los aspectos de índole social derivan de los Convenios Hipólito Unánue, relativo a la salud; Simón Rodríguez, en lo atinente al trabajo; Andrés Bello, en lo cultural; y la Universidad Simón Bolívar, respecto de educación y cultura.

[9] Fuente: página web de la CAN: www.comunidadandina.org.

Tiene dos órganos consultivos: el Consejo Consultivo Laboral Andino y el Consejo Consultivo Empresarial Andino.

Principales instituciones y órganos

No parece necesario desarrollar *in extenso* cada uno de estos órganos e instituciones, por lo que nos concentraremos en aquellos que más directamente atañen a las cuestiones sociales.

Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores: Es el órgano de mayor nivel y responsabilidad, en tanto que encargado de elaborar las diversas propuestas que habrán de convertirse en normativa andina.

Consejo Asesor de Ministros de Trabajo de la CAN: Creado por el XII Consejo Presidencial Andino, en Lima en junio de 2000, coordina y desarrolla acciones en las cinco áreas identificadas como prioritarias o ejes temáticos sociolaborales, para apoyar la conformación del mercado común andino: (i) fomento del empleo; (ii) formación y capacitación laboral; (iii) seguridad y salud en el trabajo; (iv) seguridad social; y (v) migración laboral.

Consejo Consultivo Laboral Andino (CCLA) : Es una de las dos instituciones consultivas y está conformada por delegados elegidos directamente por las organizaciones representativas del sector laboral de cada uno de los países miembros.

Consejo Consultivo Empresarial Andino (CCEA): De modo simétrico al anterior, integrado por cuatro delegados elegidos entre los directivos de las organizaciones empresariales representativas de cada uno de los países miembros.

Los Consejos Consultivos están facultados a participar activamente, con derecho a voz, en las reuniones vinculadas con la marcha del proceso subregional de integración y su principal función consiste en emitir opinión ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General, a solicitud de éstos o por propia iniciativa, sobre los programas o actividades del proceso de integración de interés para el sector laboral y empresarial, respectivamente.

Observatorio Laboral Andino: Constituido en la II Reunión del Consejo Asesor de Ministros de Trabajo (La Paz, diciembre de 2001), con sede en La Paz, Bolivia aspira a ser el instrumento fundamental para el análisis, definición y seguimiento de las políticas comunitarias en materia sociolaboral en la región.

La Agenda Social y sus instrumentos

El examen de la problemática laboral dentro del proceso de integración implica, por lo menos, dos grandes cuestiones: 1. Los instrumentos multinacionales adoptados a nivel de la región a integrarse, y 2. Las convergencias y divergencias de las respectivas legislaciones laborales, en orden a detectar las posibilidades y dificultades para su armonización.

A la búsqueda de esos objetivos sociales y a través de los órganos comunitarios competentes, la CAN, dentro de los alcances del Convenio Simón Rodríguez, adoptó una Agenda Social que plasma y sintetiza las aspiraciones integracionistas en el campo social. El Convenio Simón Rodríguez que tiene por objeto establecer una estructura orgánica encargada de los aspectos sociolaborales de la integración, con la intervención de los Ministerios de Trabajo y la participación de los trabajadores y empleadores, y hace importantes referencias a la adecuada utilización de los recursos humanos y a la solución del desempleo y subempleo, así como al mejoramiento de la formación profesional y movilidad de la mano de obra en la subregión; el 24 de junio de 2001 se suscribió en Venezuela el Protocolo Sustitutorio del Convenio Simón Rodríguez, cuyos objetivos son: proponer y debatir las iniciativas en los temas vinculados al ámbito sociolaboral que signifiquen un aporte efectivo al desarrollo de la Agenda Social de la subregión; definir y coordinar las políticas comunitarias referentes al fomento del empleo, la formación y capacitación laboral, la salud y seguridad en el trabajo, la seguridad social, las migraciones y los demás temas que determinen los países miembros; y proponer y diseñar acciones de cooperación y coordinación entre los países miembros en la temática sociolaboral andina.

La Agenda Social comprende el desarrollo de programas, proyectos y normas comunitarias alrededor de los siguientes ejes temáticos: dimensión social del mercado común andino, desarrollo social y participación de la sociedad civil en el proceso de integración. A estos ejes temáticos actualmente en ejecución se sumará próximamente el referido a los aspectos sociales de la competitividad. Actualizada en el XII Congreso Presidencial Andino (Lima, junio 2000), gira en torno a

las cinco áreas prioritarias del ámbito sociolaboral, que coordina el Consejo Asesor de Ministros de Trabajo.

1. Fomento del empleo: Las tareas a corto, mediano y largo plazo son: (i) promover la capacitación de los trabajadores en función de los requerimientos del sector productivo; (ii) promover la formalización de las empresas del sector informal; (iii) desarrollar proyectos de fomento a las microempresas, a través de programas de asistencia técnica y crediticia; (iv) promover la participación solidaria en los ámbitos rural y urbano (v) incentivar la concertación social para el desarrollo de programas de empleo y el aumento de la productividad; y (vi) suministrar información adecuada sobre la situación laboral a los agentes del mercado (trabajadores, empleadores, gremios profesionales, etc.).

2. Formación y capacitación laboral: Las acciones en esa materia se dirigen a: (i) desarrollar programas continuos orientados a las demandas del sistema productivo de manera descentralizada, guardando semejanzas entre los países en términos de metodología, contenido, sistemas de evaluación y certificación; (ii) organizar talleres subregionales andinos con el fin de intercambiar experiencias; (iii) realizar un diagnostico de las legislaciones y programas nacionales de formación y capacitación laboral; (iv) desarrollar una propuesta de Observatorio Laboral que reúna información estadística, normativa y aquella referida a los programas de empleo en la subregión; (v) formular propuestas vinculadas a la capacitación en zonas de frontera; y (vi) propiciar una mayor participación de los Consejos Consultivos Laboral y Empresarial Andinos en las propuestas que se realicen a nivel subregional sobre los programas de formación y capacitación laboral.

3. Seguridad social: En junio de 2003, la 11ª Reunión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la CAN aprobó la Decisión 546, "Instrumento Andino de Seguridad Social"[10], a través de la cual se adecua la normativa comunitaria al objetivo del Mercado Común, y a la actual estructura de los sistemas de seguridad social de los países andinos. Este instrumento fue adoptado con la idea básica de que todo país miembro debía conceder a las personas de los otros países miembros igual trato que a los nacionales en casos de enfermedad, maternidad, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, invalidez, vejez, muerte y auxilio funerario.

[10] Sustituye al Instrumento de ese nombre que fuera adoptado por Decisión 113 en febrero de 1977.

4. Migración laboral: En su 11ª Reunión, el Consejo Andino aprobó la Decisión 545, "Instrumento Andino de Migración Laboral"[11], a través de la cual se adecua la normativa comunitaria al objetivo del Mercado Común y al derecho de los trabajadores andinos a desplazarse y establecerse libremente en el mercado comunitario y para facilitar el traslado de trabajadores nacionales al territorio de otro país miembro con el objeto de prestar servicios personales subordinados. Para ello, se previó la implantación de oficinas de migración laboral y se estableció un procedimiento para la contratación de trabajadores migrantes, sean éstos calificados, fronterizos o temporales.

5. Seguridad y salud en el trabajo: El Consejo Asesor de Ministros de Trabajo tiene entre sus objetivos difundir los Convenios de la OIT N° 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores, y N° 161, sobre los servicios de salud en el trabajo, para su correcta aplicación en los países de la subregión.

En su 11ª Reunión el Consejo Andino aprobó la Decisión 547 "Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo", a través del cual se busca promover y regular las acciones que se deben desarrollar en los centros de trabajo de los países miembros para disminuir o eliminar los daños a la salud del trabajador, mediante la aplicación de medidas de control y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo.

En la VI Reunión del Consejo Asesor de Ministros de Trabajo de la CAN celebrada en Quito y Guayaquil (julio 14 y 15, 2003), considerándose el avance los trabajos técnicos en los ejes de formación y capacitación laboral, y fomento del empleo; y de la constitución del Observatorio Laboral, se acordó elaborar un instrumento de administración del trabajo que sintetice los principales objetivos de los Ministerios de Trabajo de cara a la integración subregional con el objeto de elaborar los proyectos de normas reglamentarias de las Decisiones en materia de migración laboral, seguridad social y seguridad y salud en el trabajo dentro del plazo de seis meses.

Asimismo, se convino promover la implementación de un plan subregional para la erradicación progresiva del trabajo infantil; formación y capacitación laboral y fomento del empleo; plantear un trabajo coordinado para la suscripción de un

[11] Sustituye al que con ese mismo nombre se adoptó por Decisión 116 en febrero de 1977.

convenio de cooperación que favorezca la creación de un Consejo Económico y Social Andino.

Por último, recomendó el Consejo Asesor la institucionalización permanente del diálogo social tripartito para la formulación, ejecución y evaluación de las políticas y programas de trabajo y empleo, y la creación de sistemas de negociación y solución de conflictos debidamente dotados e institucionalizados.

Otros instrumentos recientes

Acta de Lima: Suscrita en el XII Consejo Presidencial Andino celebrado en Lima, el 10 de junio de 2000, las directrices que contiene son: (i) el establecimiento del mercado común andino; (ii) la ejecución de la política externa común; (iii) el desarrollo de la Agenda Social; (iv) otros aspectos de la integración.

Declaración de Quirama: Fue suscrita el 28 de junio de 2003, en Antioquia, con el objeto de promover las acciones encaminadas a reglamentar las Decisiones en materia de migración laboral, seguridad social y seguridad y salud en el trabajo, y complementar los avances en materia sociolaboral, mediante la adopción de la normativa pertinente para el reconocimiento de las licencias, títulos profesionales y acreditaciones en la subregión.

Declaración de la Mitad del Mundo: Suscrita en la VI Reunión del Consejo Asesor de Ministros de Trabajo de la CAN, celebrada en Quito y Guayaquil, los días 14 y 15 de julio de 2003, recoge, entre otros, los acuerdos siguientes: (i) elaborar un Instrumento Andino de Administración del Trabajo que sintetice los principales objetivos de los Ministerios de Trabajo de cara a la integración subregional; (ii) elaborar los proyectos de normas reglamentarias de los Instrumentos Sociolaborales de Migración Laboral (Decisión 545), Seguridad Social (Decisión 546) y Seguridad y Salud en el Trabajo (Decisión 547), dentro de los seis meses de plazo establecidos en las normas comunitarias pertinentes; (iii) promover la implementación de un Plan Subregional para la erradicación progresiva del trabajo infantil;

Ahora bien, dentro del terreno de la realidad, los mecanismos puestos en marcha por la CAN presentan una doble faz: por un lado, desde la perspectiva teórica,

cubren un vasto espectro de objetivos y reposan en un no menos vasto conjunto de instrumentos, bajo forma de convenios, acuerdos, recomendaciones. De otro lado, empero, los resultados son magros: poco es lo que se ha avanzado hacia una real integración de materia laboral o social.

Es que la CAN ha sufrido a lo largo de su vida muchos altibajos: períodos de gran entusiasmo y fervor han sido sucedidos por otros de enfriamiento y pesimismo, lo que se ve reflejado con claridad en hechos como el retiro prematuro de Chile o el apartamiento temporal del Perú en la década de los noventa.

De similar manera, instrumentos tan ambiciosos como el relativo a la seguridad social - Decisión 113 - o sobre migraciones - Decisión 116 -, ambos en el año 1977, han sido objeto de revisión y de virtual sustitución a través de las decisiones 547 y 545, respectivamente, sin que ninguno de los instrumentos iniciales haya llegado a tener vigencia real y efectiva.

Se constata, por ende, una considerable distancia entre la teoría y la realidad. Si uno se dejara guiar sólo por los aspectos formales, por los instrumentos y documentos, la CAN aparecería como muy activa y fructífera, y la integración de los países andinos, como un proceso avanzado y eficiente. Pero si uno se traslada al terreno de lo real aprecia que los progresos son escasos y la integración no pasa de ser un *desideratum*, muy distanciado de la realidad.

Ha habido logros, sin duda. El comercio intrarregional ha tenido un notorio crecimiento, pues durante el año 2004 las exportaciones intracomunitarias alcanzaron los 7 766 millones de dólares, subiendo 59 por ciento respecto a las exportaciones del año 2003 (4 900 millones de dólares). Asimismo, las exportaciones hacia fuera de la región alcanzaron en 2004 la cifra de 66 409 millones de dólares, creciendo en un 33 por ciento respecto de las exportaciones del año 2003 (50 054 millones de dólares). Con ello, la CAN ha logrado un récord histórico de venta tanto intracomunitaria como extracomunitaria respecto de los últimos 36 años del proceso de integración[12].

[12] Fuente: página web de la CAN: www.comunidadandina.org.

La población en 30 años se duplicó, pero el PBI de los cinco países andinos creció nueve veces y la inversión extranjera acumulada aumentó 25 veces, destacando el turismo receptivo entre las naciones andinas, que se quintuplicó.

Por otra parte, la CAN es a nivel mundial un interlocutor más importante que cada uno de sus integrantes por separado, lo que ha permitido avances en las conversaciones y negociaciones con la Unión Europea y Mercosur y en las encaminadas a la formalización del ALCA, aunque también en esos terrenos se advierten esfuerzos que emprenden algunos de sus miembros en forma independiente y aislada.

El componente laboral en los tratados de libre comercio

La inclusión de una Cláusula Social[13] en los acuerdos, convenios o tratados de libre comercio ha sido cuestión controvertida.

Ya la OIT, en su Conferencia de 1994, advertía la presencia cada vez más notoria de lo social en procesos que anteriormente agotaban sus alcances sólo en el componente económico, pero al mismo tiempo señalaba la paradoja de que "los gobiernos de los países altamente industrializados, con los Estados Unidos a la cabeza y el apoyo del bloque de los trabajadores, se mostraron partidarios de precisar el espacio que corresponde a los aspectos sociales dentro del proceso de globalización de la economía mundial; en cambio, las autoridades de los países en vías de desarrollo, incluyendo las de naciones que defienden el modelo social con el respaldo del bloque de los empleadores, negaron toda vinculación entre el comercio internacional y los derechos de los trabajadores"[14].

En la misma línea, Alburquerque resalta que "la pauta general fue la de observar cómo países que siempre se identificaron con el capitalismo y los empleadores, ahora levantaban la bandera de los derechos de los trabajadores, y cómo países

[13] *"Cláusula Social es un resguardo que se intenta introducir en la negociación internacional con el fin de cubrir asimetrías generadoras de daños reales o potenciales a grupos regionales y nacionales o a personas que habitan estos espacios geográficos"*: COHEN, Noemí: *Los procesos de integración regional y las relaciones laborales*, en "XII Encuentro del Grupo de expertos latinoamericanos en Relaciones Laborales, Bolonia, Castilla-La Mancha, Turín", Beatriz Cappelletti, coordinadora, Buenos Aires 2004, p. 246

[14] ALBURQUERQUE, Rafael: *Derechos fundamentales y comercio internacional: armonización de la eficacia económica con la protección social.* Ponencia presentada al V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima 2001. Anales, p. 261.

que siempre se proclamaron defensores del proletariado recibían la solidaridad de los empleadores en su posición de separar de los intercambios comerciales cualquier exigencia de respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores"[15].

La explicación para esta aparente paradoja radica en que, por un lado, los países de mayor poder, que al mismo tiempo son los que mejor garantizan adecuada protección a sus ciudadanos, consideran que los menores costos laborales que pueden presentar países de menor desarrollo provienen del irrespeto a los derechos de los trabajadores y representan una forma de competencia desleal a través de lo que denominan *dumping social*, definido como "la existencia de ventajas indebidas de un Estado sobre otro en el plano de las relaciones comerciales y derivadas de un tratamiento desigual de los derechos de los trabajadores. Un Estado no debe colocar en el mercado internacional un producto más barato que otro Estado competidor sobre la base de que en ese producto hay infracción a los derechos de los trabajadores..."[16].

En la otra cara de la moneda, se asume que esos menores costos son una ventaja comparativa, que permite compensar de alguna manera las inmensas diferencias de competitividad que vienen aparejadas a la alta productividad, fruto entre otros factores del control y dominio de las tecnologías, las diferencias en las escalas de las economías, el poder financiero, etc. La preocupación de los países poderosos, detrás del aparente interés por los trabajadores, en realidad encubriría un simple afán por elevar los costos productivos para nivelar competencias, o sea una forma de proteccionismo encubierto.

Subsisten disensos al respecto. Los debates se han sucedido, ora en la Organización Mundial del Comercio - OMC - (Singapur, 1994), ora en la Organización Internacional del Trabajo – OIT, habiéndose dado en el seno de esta última un paso importante en 1998 con la adopción de la Declaración de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.

Es que, más allá de esas discrepancias, "parece innegable, y así ha sido reconocido por la comunidad internacional, que existen reglas mínimas que van más

[15] Ibidem.

[16] NEVES MUJICA, Javier: *Derechos laborales y empleo en el Tratado de Libre Comercio*, en El Trabajo y el Empleo de los tratados de libre comercio, CAN, SPDTSS, OIT, Lima 2004, p. 27

allá del ámbito comercial y que deben <empapar> el desenvolvimiento del comercio. Las declaraciones y normas que los recogen son su desarrollo, la positivización de los fundamentos y de los principios generales del derecho internacional público. Es por ello de consenso que los derechos fundamentales en el trabajo son derechos humanos (y así lo reflejan diferentes tratados y convenciones internacionales) que obligan a la comunidad internacional a su cumplimiento. La existencia de acuerdos comerciales que los vulneren contradiría la ya aceptada comúnmente ética social universal"[17].

El núcleo duro de los derechos laborales[18]

La ***Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo,*** adoptada por la Conferencia de OIT en 1998, constituye un hito histórico e implica una ruptura formal con los criterios que siempre han gobernado la adopción de los convenios internacionales de trabajo. Esos derechos fundamentales y los convenios en los que se solventan son: libertad sindical y negociación colectiva (convenios 87 y 98), eliminación del trabajo forzoso (convenios 29 y 105), no discriminación en el trabajo (convenios 100 y 111) y sobre erradicación de las peores formas de trabajo infantil (convenio 138).

La Declaración atribuye a esos cuatro derechos, plasmados en siete convenios, una naturaleza anterior y superior a toda normativa, de tal envergadura que no se sujeta en su eficacia al reconocimiento o adopción por cada Estado, a través del proceso ordinario de ratificación de convenios, sino que tienen fuerza vinculante por sí solos.

La propia Declaración lo establece de forma meridiana al señalar que *"todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización*

[17] VEGA RUIZ, María Luz: *Algunos aspectos jurídicos de las disposiciones laborales de los tratados de libre comercio en las Américas*, Consejo Consultivo Laboral Andino, Lima, octubre 2004, p. 13.

[18] Miguel CANESSA, en interesante ponencia presentada al Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Trujillo, octubre 2004) con el título de Un "núcleo duro" de derechos humanos laborales para el comercio internacional, recoge la polémica doctrinaria sobre la existencia de un núcleo duros de derechos humanos, que asumirían una jerarquía mayor que los otros derechos humanos, y la traslada al campo de los derechos laborales. Así mismo reseña los antecedentes que condujeron a la adopción de la Declaración de 1998, indicando que el primer documento en que aparece el término "derechos humanos fundamentales" se remonta a 1961, pero adquiere carta de ciudadanía en 52ª Conferencia de 1969, y plena autoridad en 1998.

de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios".

El componente laboral en los acuerdos de libre comercio en los Estados Unidos de Norteamérica en la región

Tratados y acuerdos de libre comercio hay varios y no todos homogéneos en cuanto a su estructura. EE.UU. tiene en nuestro Continente[19] tres tratados y los tres son distintos en cuanto a las partes que vinculan: de un lado, el conocido como NAFTA o TLCAN o ALCALN - siglas que provienen de su nombre en inglés y español: North American Free Trade Agreement y Tratado o Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte, respectivamente - es de carácter trinacional: Canadá, México y EE.UU., el TLC de EE.UU. con Chile es binacional; finalmente, en el CAFTA -, es EE.UU. una de las partes y un grupo de países centroamericanos y del Caribe, la otra: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana.

Haremos referencia sucinta a esos tres TLC sólo en su contenido social o, más específicamente, laboral.

1. El NAFTA[20] no traía inicialmente previsión alguna en materia social o laboral, vacío que fue llenado a posteriori con la adopción del Acuerdo de Cooperación Laboral – ACLAN, por su sigla -, cuyo contenido es específico al respecto. El ACLAN apunta, de modo abstracto, a la mejora de los niveles de vida y condiciones de trabajo, así como a la promoción de los derechos laborales, centrando éstos en los Derechos Fundamentales a que se contrae la Declaración de OIT de 1988.

A ello se agregan derechos más específicos como los relativos a la fijación de salarios mínimos y reconocimiento de pagos por horas extraordinarias, igualdad salarial sin distinción de género, la prevención y reparación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y, en algo que tiene enorme importancia dentro del ámbito geográfico del Acuerdo, la protección a los trabajadores migrantes.

[19] EE.UU. tiene TLC también con Singapur y Jordania. No haremos referencia a ninguno de ellos, pese a tener puntos de interés, en sí mismos, porque no serán referentes para el TLC de EE.UU. con Colombia, Ecuador y Perú.

[20] Pese a que la sigla deriva del inglés, la utilizaremos por ser de más fácil pronunciación y recordación.

La responsabilidad por la aplicación de la normativa y el respeto por los derechos es privativa de cada estado, sin que ninguno de ellos pueda pretender que se aplique su legislación a otro.

Como garante del Acuerdo en esta materia se crea una Comisión para la Cooperación Nacional, a la cual se puede recurrir para que active mecanismos de seguimiento a través de un Comité Evaluador de Expertos, salvo en materias relativas al ejercicio de los derechos colectivos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga.

Sintetizando su contenido, María Luz Vega[21] lo expresa así:

- "Lista once derechos relativos a condiciones de trabajo y derechos fundamentales.
- Por otro lado, evita el proteccionismo al no buscar la aplicación de los estándares de EE.UU. en los otros países del mundo. De hecho el acuerdo contiene diferentes mecanismos de aplicación con relación a cada derecho.
- El proceso de queja presenta tres grados y es de carácter consultivo:
  o la petición a una oficina nacional administrativa.
  o la consulta ministerial
  o y la consulta con el Comité de evaluación de expertos.
- Sólo las quejas relativas a trabajo infantil, reglas mínimas de empleo y salud y seguridad en el trabajo pueden ser objeto de sanciones."

2. El TLC con Chile sigue el derrotero de su antecesor inmediato, pero incorporando la materia dentro del texto mismo del Acuerdo. Sus directrices son muy similares, casi idénticas, en tanto que adopta como cimiento la ya mencionada Declaración de OIT de 1998. En materia de legislación interna, la salvaguarda consiste en que ninguna de las partes puede modificarla o dejar de aplicarla con el objeto de lograr una ventaja competitiva en materia comercial, puntualizándose que las materias concretas de dicha legislación son las que atañen a condiciones de trabajo, jornada laboral, e higiene y seguridad ocupacional.

Se crea así mismo un Consejo de Asuntos Laborales, y se prevé el sometimiento de disputas sobre inaplicación de las normas laborales a un arbitraje a través de árbitros seleccionados de una lista de doce personalidades previamente

[21] VEGA RUIZ, María Luz: ob. cit. p. 24.

acordada entre las partes, de la cual cuatro deberán ser de nacionalidad distinta a la de las partes contratantes.

3. El CAFTA es similar, pero añade un conjunto de medidas, sobre todo instrumentales, que marcan una sensible diferencia, en relación con la obligación de difundir las normas internas, la garantía procesal de pluralidad de instancia, el respeto al debido proceso, incorporándose además sanciones económicas por incumplimiento de la legislación laboral. La razón es fácil de entender: tanto México como Chile tienen legislaciones laborales compatibles con los estándares internacionales en las materias más sensibles. La legislación mexicana es incluso más rígida en muchos aspectos que la mayoría de otros países de la Región y del Mundo; Chile, con una legislación mucho más flexible y menos proteccionista, la compensa con un manejo serio, responsable y riguroso en su aplicación y control. El caso centroamericano es diverso, pues miembros del Congreso norteamericano objetaron que la protección que la legislación proveía era insuficiente frente a estándares internacionales, en materias tan sensibles como, por ejemplo, los derechos colectivos, al detectarse la existencia de sistemas que podían menoscabar y aún anular la libertad sindical. De allí, pues, que se sostuvieran de parte de EE.UU. exigencias un tanto más rigurosas para impedir la desmejora de los niveles mínimos de protección *dumping* social, para lograr ventajas competitivas.

De los cuatro derechos fundamentales de la Declaración de la OIT de 1998, tres aparecen con nitidez y en forma expresa en los TLC: prohibición del trabajo forzoso, erradicación de las peores formas de trabajo infantil, y los derechos colectivos de sindicación y negociación colectiva. El cuarto - el de no discriminación e igualdad de trato - no está recogido con carácter expreso, aunque sí lo está de una manera implícita a través de la adopción del marco global de la Declaración.

Aunque algunos estiman que, por simple comparación de los derechos expresamente mencionados en los TLC, los más recientes representarían una especie de retroceso respecto del NAFTA, Adolfo Ciudad hace notar lo contrario: "La llamada nueva generación de tratados mantiene el modelo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), pero busca hacerlo más efectivo. Si bien las obligaciones incorporadas en el tratado disminuyen, todas son recurribles, lo que los convierte en más exigentes en la medida que en el TLCAN sólo tres pueden recurrirse"[22]. A similar conclusión había llegado Wilfredo Sanguineti[23].

[22] CIUDAD REYNAUD, Adolfo: *Evolución y tendencias recientes del Derecho del Trabajo en América del Norte, Europa y América Latina*, en rev. Análisis Laboral, Lima octubre 2004, p. 13

III EL POSIBLE TLC ENTRE EE.UU. Y COLOMBIA, ECUADOR Y PERÚ TLC Y ATPDEA

Colombia, Ecuador y Perú, que en los actuales momentos están negociando un TLC, están regulados hasta el 31 de diciembre de 2006 por el Andean Trade Promotion and Drug Erradication Act (ATPDEA, por su sigla en inglés), que es un Acuerdo de preferencias arancelarias que, de algunas manera, anticipa ventajas y recoge así mismo algunos condicionamientos en materia laboral que pueden formar parte del futuro TLC, tales como el respeto, en líneas generales, a los contenidos en la Declaración de la OIT de 1998: derecho de sindicación y negociación colectiva, prohibición de toda forma de trabajo obligatorio o forzado, fijación de una edad mínima razonable para el acceso al trabajo y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, así como el establecimiento de condiciones de trabajo razonables en materia de salario mínimo, jornada de trabajo y sobretiempos, y de higiene y seguridad laboral.

A diferencia de un TLC, ATPDEA es un mecanismo unilateral y, por lo tanto, discrecional para una de las partes: hay una desgravación arancelaria de una sola vía, sin contrapesos o compensaciones de tipo económico o comercial, aunque sí de tipo político o institucional.

El TLC es bilateral e implica, por un lado, compromisos y concesiones recíprocas, pero al mismo tiempo tiene un grado de perdurabilidad más garantizado, por ser un acuerdo jurídico.

Los aspectos laborales de un posible TLC entre EE.UU. y Colombia, Ecuador y Perú

Las negociaciones entre EE.UU., y tres países andinos, están en plena marcha, y hay indicios razonables de que van a llegar a un buen resultado.

Dentro de tales negociaciones, no se conoce el contenido exacto del capítulo laboral (las negociaciones son reservadas), pero todo hace presumir que los términos en que se habrá de plantear habrán de ser similares a los de los tratados ya

[23] SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: *Evolución y tendencias recientes del derecho del trabajo en América latina*, en revista LABOREM de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 4, Lima, octubre 2004, p. 81

existentes. No podrán ser idénticos a todos, dado que éstos a su vez y como ya se señaló no lo son entre sí; tampoco puede pensarse que se exigirán a estos tres países, cuyas legislaciones laborales son avanzadas, condiciones como las del CAFTA, por las razones ya explicadas del porqué de éste. Por consiguiente, lo más probable es que el nuevo TLC se asemeje en mucho al de Chile, es decir:

- Las partes reafirmarán sus obligaciones como miembros de la OIT y sus compromisos asumidos en virtud en virtud de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998. Asimismo, asegurarán que tales principios laborales y los derechos laborales internacionalmente reconocidos, sean reconocidos y protegidos por su legislación interna.
- Se reconocerán los derechos siguientes: (i) derecho de asociación; (ii) derecho de organizarse y negociar colectivamente; (iii) prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio; (iv) edad mínima para el empleo de niños, y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil; y (v) condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad ocupacional.
- Cada parte tendrá derecho a establecer sus propias normas laborales internas y, consecuentemente, adoptar o modificar su legislación laboral, garantizando que sus leyes establezcan normas laborales consistentes con los derechos laborales internacionalmente reconocidos.
- Las partes no dejarán de aplicar efectivamente su legislación laboral, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las mismas.
- Se reconocerá que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en la legislación laboral interna asegurando que no se dejará sin efecto o derogará de una manera que debilite o reduzca la adhesión a los derechos laborales internacionalmente reconocidos.
- Las disposiciones no podrán interpretarse en el sentido de facultar a realizar actividades orientadas a hacer cumplir la legislación laboral en el territorio de las otras partes.
- Se establecerá un Consejo de Asuntos Laborales designando cada parte una unidad dentro de su Ministerio de Trabajo que servirá de punto de contacto con las otras partes y con la sociedad.

- Se crearán mecanismo de cooperación laboral y la posibilidad de realizar consultas cooperativas. Si las partes no logran resolver sus asuntos a través de las consultas, podrán solicitar que el Consejo sea convocado para examinar dichos asuntos.
- Las partes establecerán y mantendrán una lista de individuos que cuenten con aptitudes y la disposición necesarias para desempeñarse como árbitros en las controversias que surjan. Los integrantes de dicha lista deberán: (i) tener conocimientos especializados o experiencia en derecho laboral, (ii) ser elegidos estrictamente en función a su objetividad, (iii) ser independientes, y (iv) cumplir con el código de conducta que se establezca.

Ahora bien, tanto o más importante que el presumible contenido del tratado, interesa examinar otros aspectos, que tienen que ver con la conveniencia de un tratado de libre comercio y las perspectivas reales de una negociación auténtica, Porque un TLC puede ser asumido como una amenaza, como una necesidad o como una oportunidad.

Enfoque crítico y prospectivo

La globalización está lejos de ser un proceso pacífico, de crecimiento uniforme y de prosperidad compartida por todos los países. Muy por el contrario y como señala el Informe de la Comisión Mundial[24] "...es un tema polémico. Se trata prácticamente de un diálogo de sordos, tanto en el plano nacional como en el internacional". Señala dicho Informe que "El actual proceso de globalización está produciendo resultados desiguales entre los países y dentro de ellos. Se está creando riqueza pero son demasiados los países y las personas que no participan de los beneficios y a los que apenas se tiene en cuenta o se ignora totalmente, a la hora de configurar el proceso. Para una gran mayoría de mujeres y hombres, la globalización no ha sido capaz de satisfacer sus aspiraciones sencillas y legítimas de lograr un trabajo decente y un futuro mejor".

Mutatis mutandis, estos cuestionamientos pueden ser transplantados a los tratados de libre comercio, que son, al fin y al cabo, consecuencia y parte integrante del proceso de globalización.

[24] OIT: *Por una globalización justa: Crear oportunidades para todos, Informe de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización*, 2004: en www.ilo.org

La primera gran objeción viene por el lado de las asimetrías. Es inconmensurable la diferencia en términos de poder, de riqueza y de capacidad de negociación que ostenta EE.UU. frente a cualquier competidor, y con mayor razón frente a países como los andinos, que están muy lejos de haber alcanzado el pleno desarrollo. La asimetría se presenta, así mismo, en cuanto al tipo de bienes y servicios que habrán de intercambiar, pues mientras nuestros países ofertan productos primarios con escaso valor agregado, del otro lado hay un control absoluto sobre las finanzas internacionales, la inversión y los productos de exportación: tecnología de punta, en bienes y en servicios.

Pero por si ello fuera poco, el prerrequisito que los países desarrollados impusieron a los nuestros para su inserción en el comercio mundial fue la apertura de sus economías mediante el abatimiento de los aranceles y otras barreras, la eliminación de subsidios directos e indirectos, el equilibrio presupuestal y la estabilidad monetaria, a través de programas de ajuste monitoreados por el FIM y el Banco Mundial. Al mismo tiempo, sin embargo, los países desarrollados no aplican la misma receta, y mantienen barreras de sobreprotección a determinados productos, subsidian abiertamente a algunos sectores de la agricultura y, en el caso de EE.UU., además, tienen enormes déficit presupuestales, al punto que si alguna vez tuviera que recurrir al FMI, no calificaría por no cumplir las exigencias que éste impone a las demás naciones.

El desequilibrio de trato no es sino reflejo del desequilibrio del poder y de su ejercicio, que caracteriza a todo el proceso. En las decisiones detrás de los organismos multilaterales la regla <un país, un voto> viene siendo sustituida por <un dólar, un voto>.

Hay, pues, y en número creciente detractores de la globalización y opositores a los tratados de libre comercio. En algunos casos se trata tan sólo de fundamentalismo ideológico: los comunistas de antaño han tomado como estandarte las prestigiosas banderas de los derechos laborales, la ecología y otras, usándolos como arma arrojadiza contra el enemigo ancestral.

Otros sostienen que la irrupción en mercados débiles como los nuestros de los bienes y servicios norteamericanos arrasará nuestra incipiente industrialización, abatirá los comercios locales e impondrá en forma avasalladora sus paradigmas

culturales. Eso es en gran medida innegable, pero cabe preguntarse ¿no sucede igual con TLC que sin él?

Sucede además que los bienes y servicios que se intercambian corresponden a esferas o áreas diversas. Lo que EE.UU. habrá de exportarnos - y ya nos exporta - es aquello que no producimos y viceversa. El arte de la negociación de un tratado de libre comercio radica en detectar cuáles son las áreas de contacto o de colisión, en las que ambas partes son productores y exportadores, y en las que el TLC habrá de provocar una concurrencia, caso de algunos productos agrícolas.

El cuestionamiento más cercano a nuestro tema es que el TLC habrá de producir generalizado desempleo, como consecuencia de la catástrofe apocalíptica de nuestras empresas. Por cierto, el TLC afectará a algunos sectores productivos, puede producir desempleo en algunas áreas e incluso la desaparición de empresas y puestos de trabajo, pero no hay, sin embargo, evidencia empírica al respecto, y los estudios teóricos no son concluyentes o, incluso, llegan a una conclusión inversa. Una proyección econométrica realizada por el economista Bruno Seminario, para y por encargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo del Perú, concluye que el efecto de un eventual TLC tendrá un efecto sólo marginal en el empleo. Los puestos de trabajo amortizados a consecuencia de las mayores importaciones habrán de ser, en términos numéricos, casi los mismos que se crearán por las mayores exportaciones, con un muy ligero saldo positivo. Es más, los empleos nuevos serían de mayor calidad y con mejores salarios que los que se perderían.

El único TLC que tiene en aplicación un tiempo suficiente para apreciar sus efectos es el NAFTA. Algunos objetan que ha traído serios problemas al agro mexicano, pero ésa es una verdad relativa, ya que las cifras demuestran que, en su conjunto, es mucho más lo que México exporta a EE.UU. en productos agrícolas que lo que importa de dicho país y ha afectado la producción interna.

Lo que sucede, como es natural, es que el impacto de cualquier política de apertura comercial habrá de producir efectos diferenciados, que afecten a algunos sectores pero beneficien a otros. Lo importante es que el balance sea positivo.

Los términos de la negociación

Un aspecto que incomoda en la negociación de los aspectos laborales de un TLC es que éstos vienen en forma de paquete preelaborado: EE.UU. plantea los términos de juego y frente a ellos la opción es aceptarlos o rechazarlos en bloque. Es una figura en cierta forma análoga a un contrato por adhesión. En tal sentido cabe preguntarse cuál es el margen de maniobra, el grado de flexibilidad, y si tal mecánica constituye una auténtica negociación.

Al respecto, importa destacar que la firma de un TLC no tiene la misma importancia para EE.UU. que para nuestros países. Desde el punto de vista comercial, para EE.UU., el intercambio comercial con los tres países y con toda la Comunidad Andina representa un volumen reducido dentro de las magnitudes de la economía más grande del mundo, mientras que a la inversa constituye una proporción vital de nuestras exportaciones. Si EE.UU. dejara de exportar a nuestros países o si tuviera que seguir haciéndolo con aranceles comunes, el efecto en su economía interna sería de fácil absorción. Si los nuestros dejaran de exportar a EE.UU. o, incluso, si tuvieran que hacerlo con los aranceles que pagan otros países sencillamente colapsarían.

Para EE.UU. son más importantes los objetivos geopolíticos y de seguridad, así como apoyar las reformas económicas, sociales y políticas en toda la Región, mientras para nuestros países los principales objetivos son de crecimiento y de desarrollo económico y social[25].

Desde nuestra perspectiva, no hay una real opción <TLC sí vs. TLC no>. Es cuestión de supervivencia, lo cual nos hace mucho más vulnerables en la mesa de negociación, ya que carecemos de un poder real para hacer prevalecer las posiciones que juzgamos más ventajosas.

Pero además y esto es sustantivo, lo que los TLC traen en materia laboral no es perjudicial sino que puede ser asumido como algo muy ventajoso. A lo que el TLC obliga es a respetar nuestra propia normativa interna. No impone nuevas reglas, no aplica una legislación foránea o induce a modificar nuestra normativa

[25] Cfr. SALAZAR-XIRINACHS, José M.: *Las asimetrías en los TLCs contemporáneos y el TLC Centroamérica.Estados Unidos (CAFTA)*, documento presentado en el Seminario sobre el TLC de Centroamérica con los Estados Unidos, organizado por la Academia de Centroamérica, San José, Costa Rica, mayo 15,2003.

en un sentido determinado. Se limita a precisar que las leyes de nuestros países deben ser cumplidas por nuestros propios países.

Por tanto, a diferencia de aquellos que ven en un TLC una amenaza, puede ser visto como un instrumento para un mejor cumplimiento de las normas y de aplicación de los derechos fundamentales en el trabajo, algo que los países por sí solos no consiguen, por la flaqueza de los órganos llamados a su fiscalización.

Hay algunos sectores del empresariado que sostienen que es necesario mantener bajos los salarios y reducir <sobrecostos> para obtener una ventaja competitiva. Desde esa óptica - que consideramos errónea -, la inversión extranjera puede verse alentada por un panorama de bajos costos laborales y ahuyentada por uno de costos altos. La experiencia empírica demuestra exactamente lo contrario. Al inversionista la importan más la estabilidad de las reglas de juego, la seguridad jurídica, la institucionalidad democrática, que los costos salariales, y respecto de éstos, más la productividad que el costo en sí.

En la otra mano, un TLC estabiliza el acceso a un macromercado, el más grande del mundo, y además y sobre todo a un consumidor voraz e insaciable. Ese es un dato fundamental para cualquier inversionista. Nadie invierte con un horizonte de dos o tres años - que es todo lo que garantiza un mecanismo transitorio como ATPDEA -, que no genera espacio suficiente siquiera para garantizar la recuperación de la inversión. Se requiere un horizonte más vasto, una estabilización del mercado potencial amplia y duradera. Eso sólo lo da un TLC.

Las estrategias de la negociación

Es llamativo que EE.UU. haya convocado a negociar simultáneamente a los tres países andinos con los que rige en la actualidad el APTDEA, y ésa es la explicación aparente de este llamamiento que segrega a los otros dos integrantes de la CAN, aunque hay como es obvio también otras razones de tipo económico y político.

Colombia, Ecuador y Perú son de alguna manera países homogéneos: sus economías muestran un grado razonable de integración, con tendencia a incrementarse; al mismo tiempo, compiten por el mercado norteamericano en al-

gunas áreas sensibles, como la industria textil, por ejemplo, donde la gran amenaza viene de fuera, desde China.

Los tres han dado y siguen dando reiteradas muestras de afinidad y los equipos de negociación de los tres vienen trabajando de manera afiatada. Pero enfrentan a un coloso. Que no sólo es de una talla descomunal, sino que es un solo país, lo que permite que en la negociación presente una única faz sin fisuras. A los nuestros les es necesaria una doble coordinación previa: al interno de las respectivas realidades, para ofrecer una sola posición como país, y al exterior, para concordarla con la de los otros dos y no mostrar grietas, en una u otra dimensión, que pudieran afectarla en los resultados finales.

Los objetivos perseguidos por el grupo laboral en la negociación son los siguientes:

- Establecer un mecanismo de cooperación laboral efectivo que permita abordar los intereses y las necesidades reales de los tres países en materia laboral.
- Evitar que los estándares o medidas laborales se constituyen en barreras al comercio de bienes y servicios entre las partes.
- Asegurar la no utilización del tema laboral para la aplicación de sanciones comerciales unilaterales.

La estrategia negocial conjunta es, pues, tarea delicada. Laura Madalengoitia, en evento realizado por OIT en Lima en noviembre del año pasado[26], hacía notar algunos aspectos que atañen a la contraparte:

1. EE.UU. tiene una estrategia global; sus acciones, proposiciones y metas están engarzadas con objetivos de vasto alcance geopolítico que van más allá del simple TLC. Al mismo tiempo y como táctica de negociación, busca que la contraparte esté segmentada, lo cual se evidencia por ejemplo en su proposición de acuerdos por países o con bloques reducidos, en vez de encarar una negociación con toda la CAN o con el Mercosur.

2. Cuando hay unidad política se tiene una mejor posición de negociación. Por ello, EE.UU. que cuenta a priori con esa unidad plantea siempre los temas

[26] OIT: *Taller nacional tripartito Integración Regional, Libre Comercio y Derechos Laborales*, Lima 8 y 9 de noviembre de 2004.

en una dimensión técnica, en la que sus equipos de negociación, que son duchos y ya probados, llevan ventaja sobre equipos menos experimentados y que afrontan además la deficiencia de una falta de unidad de comando.

3. A pesar de ello, EE.UU. como país no es un ente monolítico. La propia administración tiene grupos y afronta tensiones entre, por ejemplo, los departamentos de Estado y del Tesoro, y ambos con el de Defensa. Es además muy sensible a la prensa y a la sociedad civil, grupos de presión que intervienen en la formación de opinión y en la toma de decisiones.
4. La capacidad de negociación disminuye si el Estado negocia de espaldas o al margen de la sociedad civil. Por el contrario, si hay cohesión social y ésta se puede poner en evidencia, la capacidad negociadora aumenta. En tal sentido, la participación de los interlocutores sociales en lo relativo al tema laboral de los tratados es marginal: integran lo que ha sido llamada "la mesa de al lado", esto es, un grupo asesor que no interviene de modo directo en la negociación, sino que sólo lo hace de manera ocasional, cuando son convocados o consultados.

Perspectivas realistas de la posibilidad de firma del TLC

Aunque hay declarada vocación política de los gobiernos de los cuatro países - Colombia, Ecuador, Perú y los Estados Unidos de Norteamérica - para lograr un Tratado de Libre Comercio, hay sin embargo grandes obstáculos que podrían frustrarlo.

Prima facie, parecería que el país que marcha con paso más firme hacia la consecución del Tratado es Colombia. Los otros en mayor o menor medida, afrontan algunas dificultades.

Acaba de concluir en Guayaquil la X ronda de negociaciones. Como era de prever, los puntos ásperos del debate siguen siendo los del tratamiento a la cuestión agrícola, con el espinoso y al parecer insoluble problema de los subsidios norteamericanos, y el de la propiedad industrial, con incidencia especial en los medicamentos. En este último tema, Colombia ha presentado una propuesta novedosa: aceptar la protección que los EE.UU. reclaman a condición de que las nuevas patentes sean registradas en los tres países dentro de los doce meses de serlo en el país de origen, y puestas en el mercado dentro de los siguientes doce.

De ese modo se lograría, en compensación a la protección, que los países se beneficiaran de los nuevos productos en forma casi simultánea al de su procedencia.

El tema laboral no ha estado en ningún momento en el eje de las discusiones, en cierto grado por la idea de que hay poco que debatir, que no es un asunto esencialmente polémico y que, por lo tanto, cuando las conversaciones se aproximen a su final será incorporado casi rutinariamente.

Posición de los interlocutores sociales

El sector empresarial tiene una posición claramente proclive a la firma del TLC, salvo algunos grupos disidentes que se ubican en el sector agrícola, los cuales no saben bien si oponerse al tratado, si lograr algún tipo de protección, conseguir una moratoria más amplia u obtener beneficios compensatorios, tipo subsidios. Su poca claridad ha hecho que su posición adversa no trascienda de modo gravitante.

Desde los gremios sindicales se escuchan voces, cada vez más airadas, en contra del TLC, cuyas motivaciones son reflejo por lo general de una posición ideológica. Daniel Martínez[27], experto de OIT, ha señalado certeramente que en estos gremios suelen haber dos posiciones, derivadas de las anclas ideológicas: las organizaciones afiliadas a la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), de las cuales es su representante en América latina la ORIT, plantean la necesidad de que los acuerdos de libre comercio "desarrollen una dimensión no sólo laboral, sino en general orientada a garantizar el desarrollo integrado de la región (por ejemplo, mediante la creación de fondos de compensación para reducir las asimetrías entre países, o instancias supranacionales para velar por la correcta aplicación de los Acuerdos, incluidos los laborales", en tanto que las afiliadas a la Confederación Mundial del Trabajo (CMT) son refractarias a los acuerdos bi o tripartitos y propugnan la integración subregional "como un paso previo para negociar en mejores condiciones una ampliación de la cobertura integracionista".

En general, dice Martínez, "ninguna organización de trabajadores se opone, strictu sensu, al comercio en sí. La oposición es, más bien, a los actuales esque-

[27] MARTÍNEZ, Daniel: *ob. cit.* p. 28

mas de liberación comercial, en la medida en que entienden que en estos el desarrollo comercial se hace a costa de un deterioro de las condiciones en que opera el mercado de trabajo y de una degradación de las relaciones laborales. Esta oposición es más radical, si cabe, en el caso de las organizaciones sindicales afiliadas a la CMT, en especial respecto al ALCA, al que consideran como un ejercicio de <neocolonialismo>".

A modo de conclusión

El desafío que impone la perspectiva de un tratado de libre comercio con la primera potencia mundial es lograr aprovechar las oportunidades de desarrollo y progreso que la modernidad ofrece, pero sobre todo derivar sus beneficios hacia quienes más los requieren: los sectores sociales menos favorecidos y, en especial, los trabajadores, cuyos derechos fundamentales deben en toda circunstancia ser protegidos y defendidos.

Los precedentes sentados en tratados similares y la forma cómo en ellos han quedado plasmados los compromisos en materia laboral debieran reportarnos más sosiego que intranquilidad, ya que en ninguno se ha buscado imponer a los países reglas exógenas o cambios en la legislación o condiciones lesivas a la soberanía o amenazantes para la clase trabajadora o para las empresas.

Muy por el contrario, se busca en todos realzar el valor de la *Declaración de OIT de principios y derechos fundamentales en materia de trabajo*, acompañados de otros que tienen indudable importancia, como los salarios mínimos, la jornada máxima de trabajo y la higiene y seguridad ocupacionales.

Por cierto, debemos tener claro que un tratado de libre comercio no es una panacea, que no a va resolver de golpe los inmensos problemas fruto de nuestro desarrollo ni va a acabar con la pobreza. No va lograr, siquiera, que los derechos laborales sean respetados.

Sin embargo, puede y debe asumirse que la firma de un tratado así, lejos de ser una amenaza, puede tornarse en una mejor garantía del respeto de esos derechos, ya que es condición contractual y por ende obligación exigible a los países, lo que apunta a una mayor y mejor aplicación y vigencia efectiva de los mismos.

Globalización y Empleo[1]

Raúl Saco Barrios

Profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho y en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la SPDTSS.

"Pasaron los tiempos lejanos en que era posible hacer política social y laboral despreocupándose de la economía, pero también quedaron atrás tiempos más cercanos en que se hizo política económica prescindiendo de sus efectos sociales y laborales".
Victor E. Tokman

Sumario

I. Globalización II. Fortalezas y debilidades del proceso III. Políticas de empleo IV. ¿Pleno empleo? ¿Solidaridad? ¿Desigualdad y desarrollo? V. Perspectiva. Hacia el trabajo decente.

Vivimos una nueva sociedad: una sociedad de información y de intercambio. En consecuencia, también una nueva economía: una economía globalizada. En este contexto, la competencia mundial habría tornado "caducos" los viejos paradigmas de la protección social, de los trabajos estables y de los sistemas de relaciones laborales. La nueva economía y el empleo resultan, entonces, enfrentados.

En el presente estudio, se procura mostrar algunos de los efectos que tal globalización puede haber implicado sobre el empleo: desempleo, subempleo e informalidad; precarización del empleo; inseguridad en el trabajo ... Todo ello, con vista a relievar la necesidad e importancia del establecimiento de un balance o equilibrio entre la economía y el desarrollo económico con las políticas sociales.

Al efecto, se expone: el concepto de "globalización" y su relación con el empleo (1); las fortalezas y debilidades de tal proceso (2); algunas posibles políticas

[1] Ponencia presentada en el V Congreso Regional Americano de Relaciones de Trabjao, Santiago de Chile, julio de 2005

de empleo (3); ciertas consideraciones acerca del antiguo modelo de "inclusión social" y del nuevo modelo aparecido con motivo de la globalización (4) ; y por último y a modo de perspectiva, se alude al "trabajo decente" (5) –en la actualidad, norte de toda política de empleo.

I. GLOBALIZACIÓN

"Globalización" es la "tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales"[2]; el "proceso de internacionalización de la política, las relaciones económicas y financieras y el comercio"[3]; la "creciente interdependencia entre diferentes pueblos, regiones y países del mundo"[4]; "la difusión de las tecnologías y la interdependencia de mercados, políticas y sociedades"[5].

Dimensión mundial, internacionalización, interdependencia...

Así definida, la globalización constituye uno de los muy recientes procesos de cambio habidos en el mundo.

Manuel CASTELLS –destacado sociólogo español, profesor en la universidad de Berkeley- describe clara y detalladamente los procesos de transformación tecnológicos y económicos ocurridos hacia el final del segundo milenio de la era cristiana: "Una revolución tecnológica, centrada en torno a las tecnologías de la información, está modificando la base material de la sociedad a un ritmo acelerado. Las economías de todo el mundo se han hecho interdependientes a escala global, introduciendo una nueva forma de relación entre economía, Estado y sociedad en un sistema de geometría variable. El derrumbamiento del estatismo soviético[6] y la subsiguiente desaparición del movimiento comunista internacional

[2] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, 2001.

[3] LAROUSSE, *Diccionario Enciclopédico 2003*, Ediciones Larousse (coedición internacional), novena edición, primera reimpresión; que, como sinónimo de "globalización", refiere también el neologismo "mundialización".

[4] GIDDENS, Anthony, *Sociología*, Madrid, Alianza Editorial, S.A., 1998, pág. 735.

[5] EDITORIAL SOL 90, *Gran Atlas Universal*, Lima, Empresa Editora El Comercio, S.A., 2002, vol. 1, pág. 86.

[6] "Hoy, el hecho político más importante del siglo XX –con todos sus dramas, sus guerras, sus descubrimientos científicos, sus aventuras interplanetarias y su progreso tecnológico- fue la destrucción, ante nuestros perplejos ojos, de la Unión Soviética, que provocó grandes cambios en los rumbos de la historia universal y en las ideologías contemporáneas... Sin el fin de la Unión Soviética, no se

han minado por ahora el reto histórico al capitalismo, rescatado a la izquierda capitalista (y a la teoría marxista) de la atracción fatal del marxismo-leninismo, puesto fin a la guerra fría, reducido el riesgo de holocausto nuclear y alterado de modo fundamental la geopolítica global. El mismo capitalismo ha sufrido un proceso de reestructuración profunda caracterizado por una mayor flexibilidad en la gestión; la descentralización e interconexión de las empresas, tanto interna como en su relación con otras; un aumento de poder considerable del capital frente al trabajo, con el declive concomitante del movimiento sindical; una individualización y diversificación crecientes en las relaciones de trabajo; la incorporación masiva de la mujer al trabajo retribuido, por lo general en condiciones discriminatorias; la intervención del estado para desregular los mercados de forma selectiva y desmantelar el estado de bienestar, con intensidad y orientaciones diferentes según la naturaleza de las fuerzas políticas y las instituciones de cada sociedad; la intensificación de la competencia económica global en un contexto de creciente diferenciación geográfica y cultural de los escenarios para la acumulación y gestión del capital. Como consecuencia de este reacondicionamiento general del sistema capitalista, todavía en curso, hemos presenciado la integración global de los mercados financieros, el ascenso del Pacífico asiático como el nuevo centro industrial global dominante, la ardua pero inexorable unificación económica de Europa, el surgimiento de una economía regional norteamericana, la diversificación y luego desintegración del antiguo Tercer Mundo, la transformación gradual de Rusia y la zona de influencia ex soviética en economías de mercado, y la incorporación de los segmentos valiosos de las economías de todo el mundo a un sistema interdependiente que funciona como una unidad en tiempo real. Debido a todas estas tendencias, también ha habido una acentuación del desarrollo desigual, esta vez no sólo entre Norte y Sur, sino entre los segmentos y territorios dinámicos de las sociedades y los que corren el riesgo de convertirse en irrelevantes desde la perspectiva de la lógica del sistema. En efecto, observamos la liberación paralela de las formidables fuerzas productivas de la revolución informacional y la consolidación de los agujeros negros de miseria humana en la economía global ... Además, un nuevo sistema de comunicación, que cada vez habla más un lenguaje

/...podría pensar ni en globalización económica, ni en neoliberalismo, ni en Pensamiento Único de Washington, que son las causas efectivas de las nuevas concepciones políticas y sociales de Occidente, resumidas en esta afirmación: El Estado de Bienestar Social está siendo substituido por el retorno a las concepciones liberales del siglo XIX, naturalmente ajustadas al escenario moderno, con evidente favorecimiento de los países ricos en detrimento de los países pobres" (RUSSOMANO, Mozart Víctor, *Globalización, Neoliberalismo y Derecho del Trabajo*, en revista "Análisis Laboral", Lima, vol. XXVI, N° 302, agosto 2002, Especial Latinoamérica, pág. II).

digital universal, está integrando globalmente la producción y distribución de palabras, sonidos e imágenes de nuestra cultura y acomodándolas a los gustos de las identidades y temperamentos de los individuos. Las redes informáticas interactivas crecen de modo exponencial, creando nuevas formas y canales de comunicación, y dando forma a la vida a la vez que ésta les da forma a ellas"[7].

Víctor E. TOKMAN, ex Director Regional de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para las Américas, reconoce también el acaecimiento de profundas transformaciones en las dos últimas décadas, determinantes de un **nuevo escenario internacional** caracterizado –junto con la "privatización" y la "desregulación"- por el proceso globalización: "La globalización significa que las economías nacionales están más integradas a la economía internacional y que dicha vinculación afecta no sólo a los mercados de bienes y servicios y de capitales, sino también a las personas y, principalmente, a las comunicaciones. Este es el resultado de la apertura de las economías y de la profunda transformación tecnológica"[8].

Para Daniel MARTÍNEZ, también funcionario de la Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, los cambios experimentados por la economía internacional determinan un **nuevo escenario estructural**, caracterizado por la articulación de los procesos de globalización, de reforma del Estado y de democratización política[9]. "Por *globalización* se entiende el hecho de que en la actualidad los países están más integrados a la economía internacional que en el pasado como consecuencia de la aplicación de reformas comerciales y financieras. Las primeras implicaron reducir las barreras al comercio exterior, mediante la eliminación de las restricciones cuantitativas a las importaciones, la reducción de las tarifas y su dispersión. La reforma financiera por su parte, dio origen a un proceso de apertura del mercado de capitales, lo cual coincidió con una fuerte entrada de capitales externos como resultado, en gran medida, de las altas tasas de interés y de la privatización de empresas públicas. Adicionalmente, la mayoría

[7] CASTELLS, Manuel, *La era de la información, economía, sociedad y cultura*, Madrid, Aliaza Editorial, 1998,vol. 1: *La sociedad red*, págs. 27-28. La contundencia y precisión de sus afirmaciones justifican tan larga cita.

[8] TOKMAN, Víctor E., *Políticas de empleo en la nueva era económica* (Discurso de aceptación del Doctorado *Honoris Causa* de la Pontificia Universidad Católica del Perú), en revista "Análisis Laboral", Lima, vol. XXV, No. 288, junio 2001, pág. 11.

[9] MARTÍNEZ, Daniel, *Globalización y Empleo en América Latina*. En: *Empleo: Programas para mujeres y jóvenes*, Lima, Desco, 1998, pág. 14.

de los países se han incorporado a esquemas de integración económica que, además de promover una drástica reducción arancelaria a la importación de bienes y servicios procedentes de los otros países que participan en el proceso integracionista, fijan un arancel externo común a todos ellos para las importaciones provenientes de terceros países"[10].

Toda esta transformación en la economía internacional afecta, pues, el funcionamiento de los mercados de trabajo[11].

En este orden, el **empleo**[12] es asunto preeminente; acaso una de las principales flaquezas del emergente sistema económico y social[13] [14].

II. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL PROCESO

Afirma Juan SOMAVIA, Director General de la OIT: "Para algunos la globalización ha sido un instrumento de progreso ya que ha creado riqueza, abierto nuevas oportunidades y ofrecido un entorno propicio al espíritu de iniciativa y la actividad empresarial. Sin embargo, para otros, ha agravado las desigualdades y la inseguridad. Esta gente considera que los riesgos de la globalización son muy grandes y sus beneficios demasiados escasos"[15].

Desde otro punto de vista, Arturo Z. VÁSQUEZ refiere una **perspectiva optimista** y una **perspectiva pesimista** acerca de la globalización: "Desde una **perspectiva optimista**, la globalización es tomada como una fuerza en busca de justicia social. Es la globalización desde abajo. Es una nueva visión de la comunidad humana como resultado de la fusión de las distintas culturas. Esta perspectiva está ejemplificada por la inmigración internacional, el terrorismo y el narcotráfico.

---

[10] *Loc. cit.*

[11] TOKMAN, Víctor E., *op. cit.*, pág. 10.

[12] *Empleo*: Nivel de ocupación de los trabajadores de un país o de una profesión (LAROUSSE, *op. cit.*).

[13] TOKMAN, Víctor E., *loc. cit.*

[14] "... encaramos en la economía global el creciente desempleo. En el corto plazo, porque la economía global está enfrentando una recesión. Los consumidores en los Estados Unidos estaban preocupados acerca del futuro (aún) antes del 11 de setiembre porque sus ahorros eran muy bajos y sus deudas muy altas y comenzaban a ver el crecimiento del desempleo... Comenzamos a ver... las señales de una rápida detención, el desempleo comenzó a crecer y la confianza del consumidor empezó a decaer" (REICH, Robert, *Empleo, Economía y Globalización*, en revista "Análisis Laboral", Lima, vol. XXVI, N° 296, febrero 2002, pág. 8).

[15] SOMAVIA, *Juan, cit.* por APARICIO VALDEZ, Luis, *Globalización, economía y trabajo / Carta del Director*, en revista "Análisis Laboral", Lima, vol. XXVI, N° 299, mayo 2002, pág. 3.

Está también reflejada en el consumo mundial de pizzas, *croissants*, tacos y sopa wantán; el karate, la música y las danzas latinas, los cantantes y actores populares de los distintos países; la ópera y el fútbol"[16]. "Desde una **perspectiva pesimista**, la globalización es percibida como una fuerza perversa consistente en la consolidación de las empresas y el poder político para crear un Nuevo Orden Mundial (Nuevo Orden Internacional Liberal, según algunos) poderoso y abusivo cuyo objetivo es la dominación del resto como si fueran colonias. Según esta visión, el capitalismo contemporáneo, liderado por los países occidentales en Europa y Norte América, ha establecido reglas de comercio y relaciones de negocios que no sirven a los intereses de la gente más pobre en el mundo y que más bien favorece la disparidad creciente del ingreso entre los individuos. Consecuentemente, algunos críticos ofrecen alternativas no occidentales definidas por la religión (fundamentalismo islámico), región (valores asiáticos), o cultura (ética confuciana)"[17] [18].

En verdad, la globalización introduce nuevas oportunidades de crecimiento y creación de empleos. TOKMAN escribe: "Se prevé que, dadas las dotaciones relativas de factores, los beneficios tenderán a concentrarse para los países en desarrollo en productos que requieren una mayor intensidad de mano de obra no calificada, generando mayores oportunidades de empleo para los trabajadores menos calificados y contribuyendo además a disminuir las diferenciales de salarios con los más calificados"[19].

Pero la globalización altera también los factores determinantes del empleo y los salarios[20] [21]. Además, debe establecerse alguna regulación al respecto: para

[16] VÁSQUEZ, Arturo Z., *La globalización y sus consecuencias laborales*, en revista "Análisis Laboral", Lima, vol. XXVI, N° 300, junio 2002, pág. 18.

[17] *Loc. cit.*

[18] Al respecto, Luis APARICIO VALDEZ (*Orientación flexibilizadora / Carta del Director*, en revista "Análisis Laboral", Lima, vol. XXVI, N° 302, agosto 2002, pág. 3) afirma: "El ánimo de la gran mayoría de los laboralistas latinoamericanos es pesimista, especialmente por la falta de empleo y la tendencia a que crezca el desempleo. También preocupa el incremento de la pobreza y el de la informalidad, y que los salarios de los trabajadores no crezcan y se multipliquen los contratos temporales, lo que a su vez perjudica la capacitación del personal por carecer el empleador de interés en promoverla si sus trabajadores no permanecerán con él. La recesión, por lo demás, acentúa la percepción de que la globalización económica puede ser buena para algunas economías, pero no para otras, por lo que hay países vencedores y otros vencidos".

[19] TOKMAN, Víctor E., *op. cit.*, pág. 11.

[20] "Según informe de la CEPAL, la diferencia de ingresos entre los países pobres y ricos saltó de 32 veces en 1960 a 74 veces en el año 2000 y la globalización ahondó las brechas sociales en Latinoamérica aumentando a 44% el volumen de los pobres para el año 2000, frente a 4,1% de 10 años antes; y el.../

impedir la competencia internacional ilegítima y para asegurar que los beneficios se repartan equitativamente entre países y grupos sociales dentro de ellos[22] [23].

Acerca de la competencia internacional, considérese lo dicho por el reconocido jurista brasileño Mozart Víctor RUSSOMANO: "La globalización económica... abrió los mercados a la libre competencia... Abierta la libre competencia internacional, automáticamente tuvo inicio la contienda de los países productores. Esa disputa comercial está elevándose a niveles hasta ahora desconocidos y para el éxito de los intereses en pugna, el precio de los productos, en los mecanismos de compraventa, llevó a los productores a profundos recortes de gastos. El concepto neoliberal, en ese esfuerzo de reducción de los costos de producción y, en consecuencia, del precio de los bienes producidos, exigió a los Estados medidas enérgicas que amparasen a los empresarios en la ejecución de los programas de ventas intensas de sus bienes y servicios. El Estado tendría varias maneras de actuar para conseguir ese resultado. La más eficaz y justa sería la disminución de la sobrecarga fiscal que grava violentamente a las actividades empresariales en los países emergentes. Pero como eso sería cortar en su propia carne y pagar con su propia sangre, el Estado neoliberal procuró soluciones diversas, dentro de las cuales –con el beneplácito y el estímulo de los organismos internacionales (FMI y BID)- se impulsó la reducción progresivamente drástica de las cargas sociales de los empleadores, en especial de los derechos laborales"[24].

/...desempleo urbano en Latinoamérica pasó del 6,2% en 1980 al 8,4% el año 2001. En su alocución ante el Foro Global del Empleo (*Ginebra, 2001*), el director de la OIT dijo que éste había crecido de 100 millones a 160 durante la década de los 90" (APARICIO VALDEZ, Luis, *Globalización...*, *cit.*, pág. 3).

[21] Así, existe un "miedo por la globalización"; "como la economía se ha hecho más lenta, muchos americanos miran a la comunidad global temerosamente, con más temor del que han tenido en su vida" y que proviene "no tanto del miedo a estar desempleado... *(sino)* de un miedo a perder el ingreso de uno, su subsitencia" (REICH, Robert, *op. cit.*, pág. 10).

[22] TOKMAN, Víctor E., *loc. cit.*

[23] En los tratados internacionales de comercio y para no perjudicar las reglas de la sana competencia ni lesionar los derechos de los trabajadores, puede pactarse las denominadas "cláusulas sociales", es decir, disposiciones relativas a la observancia por las partes contratantes, e incluso por terceros, de determinadas normas laborales consideradas mínimas o equitativas, bajo pena de resolución por incumplimiento o de retirarse al infractor los beneficios acordados (SACO BARRIOS, Raúl, *Cláusulas sociales en los tratados internacionales de comercio*, ponencia presentada al V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social –Lima, 16 al 19 de setiembre del 2001- y publicada en *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. "Repensar las fronteras del Derecho del Trabajo y reafirmar sus principios"*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001, págs. 325-326).

[24] RUSSOMANO, Mozart Víctor, *loc. cit.*

No obstante los beneficios esperados a propósito de empleo y salarios, pobres han sido los resultados[25]. De todos modos, no han habido repliegues. Más bien, se procura asegurar que los beneficios se repartan con equidad y que la expansión del comercio no se realice mediante la violación de los derechos fundamentales de los trabajadores. Así, se ha establecido un compromiso universal acerca de la observancia de un "piso social" integrado por los derechos fundamentales en el trabajo[26][27]. De particular importancia es, entonces, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento[28][29].

[25] Se habla de una **"recesión global"** o **"contracción global"**. Así, el proceso mundial recesivo ha perjudicado los planes que se habían establecido en favor del crecimiento del empleo y de la reducción de la pobreza (APARICIO VALDEZ, Luis, *loc. cit.*).

[26] TOKMAN, Víctor E., *op. cit.*, págs. 11 y 12.

[27] "Hay, en el Derecho del Trabajo, normas pétreas, salario digno: jornada limitada vacaciones anuales etc. Son derechos mínimos que, sumados a otros de naturaleza similar o idéntica, forman el núcleo de los derechos humanos de última generación, consagrados... Los derechos laborales fundamentales, por tanto, constituyen un límite mínimo, por debajo del cual no pueden empeorar las leyes internas de los estados internacionalmente comprometidos con su reconocimiento y su defensa y, mucho menos, los convenios colectivos o los pactos sociales de cualquier nivel o naturaleza" (RUSSOMANO, Mozart Víctor, *loc. cit.*).

[28] Como base jurídica del sistema global, se ha adoptado, por la Conferencia Internacional del Trabajo el 18 de junio de 1998, en Ginebra, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. En esta Declaración ('considerandos' segundo y quinto), se expone que "el crecimiento económico es esencial, pero no suficiente, para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza, lo que confirma la necesidad de que la OIT promueva políticas sociales sólidas, la justicia e instituciones democráticas", por lo cual "con el objeto de mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especiales, al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano". Según el artículo 2°. De la Declaración, todos los miembros de la OIT, por su mera pertenencia a ésta y aunque no los hayan ratificado, tienen el compromiso de respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de los convenios siguientes: a) La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de discriminación en materia de empleo y ocupación. Por tanto, son **normas laborales mínimas o equitativas** los 'convenios fundamentales' sobre libertad sindical y sindicación y negociación colectiva (87 y 98), trabajo forzoso (29 y 105), trabajo infantil (138 y 182) y no discriminación (100 y 111).

[29] "... es responsabilidad de los gobiernos asegurar el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores, recogidos en los convenios de la OIT, ya que ellos son condición para lograr un desarrollo económico socialmente aceptable" (APARICIO VALDEZ, Luis, *Globalización...*, *cit.*, pág. 4).

III. POLÍTICAS DE EMPLEO

El proceso de globalización opera en un ámbito caracterizado por la universalización de los problemas económicos y sociales y por una creciente homogeneización ideológica. La búsqueda de una nueva generación de **políticas** de empleo debe situarse en tal entorno[30].

Al respecto, TOKMAN[31] refiere cuatro temas que acreditan gran consenso: crecimiento y empleo –la globalización condiciona el tipo y la forma de crecimiento, por lo que existe una pérdida de autonomía en el manejo de la política macroeconómica a nivel nacional (en particular por cuanto concierne a las políticas cambiaria y monetaria y a la fijación de la tasa de interés[32]) y se tiende a que las políticas laborales tengan mayor responsabilidad acerca de la creación de empleo[33]; además, un contexto internacional más competitivo precisa mejor atender los aspectos laborales del comercio y explica el establecimiento de nuevas formas de regulación-; la selectividad en la política de crecimiento –el crecimiento y la política macroeconómica no bastan para generar empleos, por lo que debe incorporarse otros elementos a la gestión económica (v. gr. políticas sectoriales y locales y de promoción a las pequeñas y microempresas y, en general, a todo el sector informal); para incorporar a los hoy excluidos (las formas de protección actuales fueron pensadas para los que tienen empleo en actividades modernas), debe reformarse la protección social y laboral-; la inversión en la gente[34] [35] –el

[30] TOKMAN, Víctor E., *op. cit.*, pág. 12.

[31] *Ibid.*, págs. 12-14.

[32] "... críticas a una estrategia de corto plazo, están las políticas fiscales y monetarias... importantes centros de la política social en nuestros países... pieza central de la política social" (REICH, Robert, *op. cit.*, págs. 8-9). "Las políticas fiscal y monetaria son dos palancas que debemos usar adecuadamente en el interés de un pleno empleo" (*Ibid.*, pág. 9).

[33] "... el aumento del empleo de buena calidad depende del ritmo, de la sustentabilidad del crecimiento económico y, por ende, del esfuerzo de ahorro e inversión, mientras que la mejora en los salarios reales dependerá fundamentalmente del incremento de la productividad y de la medida en que ésta sea distribuida equitativamente. Las políticas laborales juegan, por cierto, un papel importante al favorecer la adaptación de las empresas al nuevo contexto de competitividad y al traducir el crecimiento económico en nuevos empleos de calidad" (MARTÍNEZ, Daniel, *op. cit.*, pág. 43).

[34] "Se hace necesario priorizar... la inversión en la capacitación de la población –los grupos sociales excluidos del progreso son aquellos que no han tenido acceso a las oportunidades de desarrollo humano- y, además, la renovación del sistema de formación, en el sentido de que la demanda de calificación, tan heterogénea en esta época, obliga a diversificar y adaptar las fuentes de calificación y formación profesional" (APARICIO VALDEZ, Luis, *Globalización..., cit., loc. cit.*).

[35] "Si la gente no tiene las capacidades adecuadas, si no tienen la educación apropiada, pierden en la nueva economía" (REICH, Robert, *op. cit.*, pág. 10).

crecimiento y los mayores ingresos se ligan a la inversión en capacitación y educación (los países marginados son los que invierten poco en educación y los excluidos dentro de cada país son quienes no tienen acceso a ésta); se advierte el tránsito de una demanda por calificación a otra por competencias, el acercamiento del sistema de formación al mercado de trabajo y un replanteo en la formación (se traslada responsabilidades desde las instituciones a las empresas)-; y la focalización en los grupos vulnerables –se requiere políticas específicas para los grupos vulnerables[36] (por ejemplo, para los jóvenes de familias de bajos ingresos; la incorporación prematura al mercado de trabajo determina un círculo vicioso cuyo resultado final es el desempleo o el acceso a empleos sin perspectivas). Y también señala[37] tres aspectos de disconformidad respecto a cómo encuadrar la política de empleo dentro de una orientación estratégica orientada al aumento de la competitividad: la flexibilización laboral –debiera lograrse la flexibilidad (en el proceso de producción y en la organización del trabajo) sin disminuir la protección a los trabajadores-; la protección social –cómo adecuar la protección social a la nueva situación (se cuestiona con fuerza el empleo por tiempo indeterminado y adquiere mayor peso la tendencia a la empleabilidad permanente) y proteger las nuevas categorías de trabajadores (a propósito del empleo con horario parcial, el estacional y la subcontratación); juegan aquí a modo de instrumentos esenciales, el seguro de desempleo[38] y la capacitación recurrente-; y los costos laborales y la competitividad internacional –para lograr competitividad, más que la simple reducción de los costos importa el aumento de la productividad; es clara la necesi-

[36] "Cuando la economía se detiene, la gente que tiene las mayores posibilidades de sufrir en nuestros países es la que está al final de la fila de búsqueda de empleo. Gente que probablemente será despedida primero, que tiene la mínima conexión con el mercado laboral y cuyas capacidades son las menos desarrolladas. La gente que probablemente sea reclutada primero en la lucha contra la inflación es la que figura entre los miembros más vulnerables de nuestra sociedad. Nadie conoce el futuro" (*ibid.*, pág. 9).

[37] TOKMAN, Víctor E., *op. cit.*, págs. 14-16.

[38] "Se vienen ejecutando políticas de ampliación de la cobertura poblacional y de beneficios en la seguridad social, especialmente ante el riesgo de desempleo. Para el caso de la mayor parte de países latinoamericanos, ésta es una línea de acción dificultosa, por la estructura del empleo (mayoritariamente campesino e informal) y el débil desarrollo de sus sistemas básicos de seguro social. Sin embargo, hay iniciativas para, de ser el caso, crear, transformar o fortalecer el seguro de desempleo, con el objeto de proteger al trabajador durante los períodos de paro obligatorio. La OIT, en la Conferencia Internacional del Trabajo realizada en Ginebra en junio de 2001, concluyó que en el marco de los principios básicos cada país debería determinar una estrategia nacional para trabajar por una seguridad social para todos. En este sentido, esta estrategia 'debería vincularse estrechamente a la estrategia de empleo y al resto de las políticas sociales. Los programas específicos de asistencia social podrían ser un medio para comenzar a incluir a los grupos excluidos en la seguridad social'" (APARICIO VALDEZ, Luis, *Globalización...*, *cit.*, *loc. cit.*).

dad de aumentar la productividad por medio de las inversiones y la adopción de políticas laborales específicas.

Ahora bien y por cuanto concierne concretamente a las diversas posibilidades de los gobiernos acerca del establecimiento de políticas activas de empleo, debiera promoverse las acciones siguientes: la reconversión de la mano de obra desplazada (por la privatización de empresas estatales y por la renovación del bagaje técnico que impone la capacitación laboral de los trabajadores adultos), la contribución social para asegurar el empleo de los grupos más vulnerables y afectados por los cambios (jóvenes, mujeres, miembros de la tercera edad y discapacitados), la intensificación de las acciones de transparencia en el mercado de trabajo (mediante los servicios públicos de empleo y los servicios privados de bajo costo, beneficiados por el desarrollo de las comunicaciones) y la promoción del desenvolvimiento económico del sector no estructurado (en sus componentes de organización, información, apoyo técnico, acceso al crédito, enlace comercial e integración en las cadenas productivas)[39].

IV. ¿PLENO EMPLEO? ¿SOLIDARIDAD? ¿DESIGUALDAD Y DESARROLLO?

La búsqueda del pleno empleo y la solidaridad fueron aspectos básicos del llamado modelo de inclusión social. Se propugnaba la generación de un Estado Bienestar: consistente con su nivel de ingreso, en el cual el acceso al empleo era la manera de incorporación y el apoyo lo complementaba para quienes no lograban una ocupación o quedaban sin empleo. Ahora se cuestiona la búsqueda del pleno empleo. Y la solidaridad está desgastada: la responsabilidad de la creación de empleos ha corrido, del Estado al sector privado.

Acerca del actual modelo que surge de la globalización y aunque el crecimiento reduzca la pobreza, no es claro que aumente la equidad. También se cuestiona la idea –antes muy aceptada-, respecto a que la desigualdad fomenta el desarrollo en su etapa inicial. "Una mayor igualdad estimula un crecimiento más rápido porque favorece la ampliación de los mercados, reduce la inestabilidad social y política y el riesgo país. A su vez, el ritmo de avance en la lucha contra la pobreza se vincula a la factibilidad de introducir cambios en la distribución del

[39] *Ibid.*, pág. 3.

ingreso. La equidad como objetivo se justifica, no sólo por consideraciones éticas, sino también por fundamentos económicos"[40].

V. PERSPECTIVA HACIA EL TRABAJO DECENTE

Hoy por hoy, la obtención del pleno empleo y la restauración de algún nivel de solidaridad no pueden ser satisfechas mediante el retorno al pasado: el Estado no será más el "gran empleador", las economías no se cerrarán, no se introducirán desequilibrios macroeconómicos... Sin embargo, **no debe dejarse de lado la cuestión social**[41].

Debe aguzarse el ingenio e intentarse nuevas respuestas para añejos problemas.

A decir de Robert REICH, ex Secretario de Trabajo de los Estados Unidos, "la mejor política social es un buen empleo"[42].

Entonces, "se trata no sólo de generar empleo, sino que además éste sea de buena calidad; esto es, trabajo decente"[43]. "Sin empleo, no existen posibilidades de avanzar hacia el trabajo decente"[44]. "Sin empleo productivo las metas de un nivel de vida digno, de desarrollo económico y social y de realización personal seguirán siendo una ilusión"[45].

Debe comprenderse que "el trabajo decente, un empleo con algún grado de seguridad de empleo, o por lo menos algún grado de seguridad de empleo y salario, es un ingrediente importante en generar para mantener un consenso político en favor del mercado abierto, en favor de la globalización"[46].

Ciertamente, "no todos los empleos del futuro serán con contrato, estables y protegidos... pero sí deberán ser de calidad, lo que no sólo implica mejores

[40] TOKMAN, Víctor E., *op. cit.*, pág. 17.
[41] Sobre la cuestión social en la actualidad, puede verse: CASTEL, Robert, *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Barcelona, Editorial Paidós, 2000.
[42] REICH, Robert, *op. cit.*, pág. 8.
[43] APARICIO VALDEZ, Luis, *Globalización...*, *cit.*, *loc. cit.*
[44] TOKMAN, Víctor E., *op. cit.*, pág. 10.
[45] TOKMAN, Víctor E., *cit.* por APARICIO VALDEZ, Luis, *Globalización...*, *cit.*, *loc, cit.*
[46] REICH, Robert, *op. cit.*, pág. 10.

ingresos y salarios[47], sino condiciones de trabajo adecuadas y dignidad para el trabajador y su familia. Ello permitiría renovar el objetivo de pleno empleo, lo que convertiría en inaceptables altas tasas de desempleo y desprotección". Se procura el "crecimiento como camino más idóneo para la creación de empleo, dentro del nuevo contexto estructural de globalización, privatización y menores intervenciones en los mercados. Pero ello no excluye la responsabilidad del Estado por generar empleo y protección, aunque sea temporalmente, para corregir las falencias de los mercados o las debilidades de los grupos más vulnerables". También, "una humanización del trabajo y, por lo tanto, el pleno respeto de la libertad de asociación y de negociación, la no discriminación, la abolición del trabajo infantil y del trabajo forzoso"[48] [49].

Con base en este "piso laboral", la estabilidad y la protección deberán ajustarse a las nuevas formas de movimiento de los mercados. Entonces, deberá ponerse el acento en la empleabilidad. Además es necesario restaurar alguna estabilidad y protección de los empleos, para disminuir la inseguridad y propiciar el compromiso de los trabajadores con las empresas y de los empresarios con la inversión en el desarrollo de las competencias de sus trabajadores[50]. Asimismo interesa conseguir que los trabajadores del sector informal puedan acrecentar la calidad de sus ocupaciones (mediante su ingreso al proceso de modernización) y alcanzar una ciudadanía económica plena[51].

---

[47] "Para el plazo más largo necesitamos otras políticas microeconómicas que permitan a la gente no sólo tener empleos sino también tener salarios decentes... Si simplemente... los empleadores tienen el derecho de despedir a cualquiera a voluntad y establecer el salario que desean, nos podemos encontrar con un montón de empleos, pero pueden ser muy pobres empleos" (*ibid.*, pág. 9). TOKMAN, Víctor E., *op. cit.*, pág. 17; énfasis nuestros.

[48] [49] El "empleo de calidad" no es otra cosa que el **trabajo decente**. En el "Foro Global sobre el Empleo" (Ginebra, 2001) convocado por la OIT se ha destacado que el empleo decente es fundamental y requiere de la contribución de todos para que se tome conciencia respecto a que las políticas de empleo no deben estar al margen de la política económica; más bien el empleo debe resultar de la exitosa coordinación de todas las políticas, tanto las macroeconómicas como las sectoriales (APARICIO VALDEZ, Luis, *Foro Global de Empleo / Carta del Director*, en revista "Análisis Laboral". Lima, vol. XXV, N° 293, noviembre 2001, pág. I.

[50] Desde otro punto de vista, se alude también a la **modernización de los Ministerios de Trabajo**: "Asimismo, en el terreno de la protección social se espera una eficiente administración del trabajo para hacer cumplir los beneficios sociales instituidos. Ello significa modernizar los Ministerios de Trabajo, reforzando sus servicios inspectivos y preventivos y agilizando la solución de conflictos en la justicia laboral. Los nuevos ministerios de trabajo deben, además, estar estrechamente vinculados con otros organismos del gobierno para así recuperar su posición de reguladores de la política laboral" (APARICIO VALDEZ, Luis, *Globalización...*, *cit.*, pág. 4).

[51] TOKMAN, Víctor E., *loc. cit.*

Y debe restablecerse la solidaridad: por un lado, para atenuar la exclusión social; por otro lado, por motivos de eficacia económica. Al efecto, son esenciales: el logro de una base mínima que satisfaga las necesidades de alimentación, salud y educación; la creación de oportunidades para todos, primordialmente sobre educación y capacitación que son requisitos inexcusables para extender el acceso al empleo de calidad; y el establecimiento de relaciones más armónicas[52] entre los actores sociales (en el ámbito laboral, esto implica la formación de actores colectivos autónomos y representativos[53] y la promoción de la participación de los grupos excluidos)[54].

Desde otro punto de vista, háblase hoy de una nueva agenda sobre empleo, cuyas ideas centrales son: las naciones desarrolladas debieran abrir sus fronteras para que las que están en proceso de desarrollo puedan expandir su producción; el mundo en proceso de desarrollo no puede esperar, por lo que las naciones del norte debieran lanzar una suerte de plan Marshall[55] en favor de las del sur; debiera fomentarse la creación de un ambiente favorable para el desarrollo empresarial y los negocios; debiera apoyarse las iniciativas que permitan eliminar los problemas del medio ambiente tanto en agricultura como en energía y en transporte –aquí puede haber también una importante fuente de creación de empleos-; las políticas monetarias y fiscales deben jugar un rol de pivotes y actuar frente a los riesgos de recesión en el corto plazo (para lograrlo se requiere también de una mayor coordinación de las políticas macroeconómicas) –en los países en desarrollo los programas de ajuste estructural debieran modificarse para aumentar las inversiones y los gastos en educación, salud y desarrollo social; además debe apoyarse la integración, como una medida efectiva para consolidar los derechos laborales-; debe impulsarse la educación; la salud y la seguridad son inversiones básicas y tienen directas y muy positivas implicancias en beneficio de la productividad; la *empleabilidad* y la adaptabilidad deben combinarse con todas las for-

[52] "Las principales acciones de los gobiernos en la búsqueda y obtención de un contexto de equilibrio serían básicamente dos. Una relacionada con el desarrollo de políticas activas de promoción del empleo... y, la otra, vinculada al refuerzo del rol social protectivo" (APARICIO VALDEZ, Luis, *Globalización...*, *cit.*, pág. 3).

[53] Entonces, acaso también podría afirmarse válidamente la atribución de nuevos roles a las organizaciones sindicales. Pero esto constituye tema ajeno al del presente estudio.

[54] TOKMAN, Víctor E., *loc. cit.*

[55] *Plan Marshall*: Plan de ayuda económica a Europa lanzado a iniciativa del general G.C. Marshall en 1948. Concebido como un plan de reconstrucción de Europa tras la segunda guerra mundial y con una duración prevista de cuatro años, fue administrado por la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE) (LAROUSSE, *op. cit.*).

mas de ataque a la discriminación y ayuda a la pobreza –las estrategias específicas en favor del sector informal y las políticas adecuadas de las instituciones financieras pueden desempeñar un rol muy importante-; el desarrollo de una efectiva red de protección social ha demostrado ser una fuerte razón para condicionar al pueblo en el proceso de adaptación al cambio; y el diálogo social, que debe comprender todas las materias precedentes[56] [57].

En definitiva, los expertos en el asunto del empleo, los economistas y los políticos tienen que trabajar ardua y aunadamente apoyando las políticas más efectivas para que exista trabajo decente[58].

[56] APARICIO VALDEZ, Luis, *Foro..., cit., loc. cit.*

[57] "En relación al diálogo social, las políticas deben fomentar el rol de los interlocutores en todos sus niveles, con un sentido creciente de participación y logros institucionales efectivos que afirmen los procesos de democratización. Así, se han venido incorporando en los países mecanismos de consulta tripartita a nivel nacional y de negociación colectiva a nivel de las empresas, así como promoviendo la participación de los trabajadores en la solución de los conflictos sociales y laborales" (APARICIO VALDEZ, Luis, *Globalización..., cit., loc. cit.*).

[58] *Loc. cit.*

Dimensiones sociales de la globalización: Impactos previsibles en materia de empleo, formación e ingresos observados desde la particular visión de un profesional en gestión humana*

Eduardo Antonio Touzet Rodríguez

Doctor en Educación, Magister en Relaciones Industriales. Director de la Escuela Profesional de Relaciones Industriales de la Facultad de Ciencias Administrativas y Relaciones Industriales de la Universidad San Martín de Porres.

Sumario

I. La globalización: Impactos previsibles en materia de empleo, formación e ingresos. Introducción. 1.1. La transformación de las empresas. 1.2. La transformación laboral. 1.3. La paradoja. 1.4. Los nuevos retos para los agentes sociales. II. La otra cara de la globalización. 2.1. El elemento cultural 2.2. Subdesarrollo y subadministración. III. Conclusiones y recomendaciones 3.1. Reflexiones finales a manera de conclusión. 3.2 Recomendaciones.

I. LA GLOBALIZACIÓN: IMPACTOS PREVISIBLES EN MATERIA DE EMPLEO, FORMACION E INGRESOS

INTRODUCCION

Si por globalización entendemos nuevos mercados, nuevos productos, nuevos conceptos, nuevas capacidades y nuevas maneras de pensar los negocios, esta palabra implica el empequeñecimiento del mundo gracias al uso cada vez mayor de las telecomunicaciones, los viajes, la información, las asociaciones y los enfoques conceptuales.

Desde esta perspectiva, la competencia global requiere de una compleja red de centros globales que aprovechen tecnologías desarrolladas en un lugar y las

* Ponencia presentada en el V Congreso Regional Americano de Relaciones de Trabajo, Santiago de Chile, julio de 2005

compartan en todo el mundo. Se trata de movimientos rápidos de productos, gente, información e ideas alrededor del mundo para responder a las necesidades locales. Requiere una visión global y un compromiso local. Pensar globalmente pero actuar localmente.

Los impactos previsibles en materia de empleo, formación e ingresos, tenemos que ubicarlos en este contexto que es distinto al mundo tradicional en el que estamos acostumbrados a vivir. La premisa entonces es que el mundo ya cambió y se necesitan nuevos modelos empresariales para manejar los desafíos que presenta el futuro. En estos nuevos modelos empresariales tenemos que ubicarnos si queremos hablar de impactos en el empleo, en la capacitación y en las remuneraciones.

1.1 La transformación de las empresas

La globalización ha transformado el mundo. A nivel mundial, las empresas líderes ya no son esas grandes empresas con plantillas de cientos de miles de trabajadores laborando en condiciones muy tranquilas y una estabilidad asegurada. Las empresas de hoy son unidades empresariales pequeñas, dinámicas y muy agresivas que buscan un posicionamiento nacional, regional y mundial. Las fuerzas competitivas que los gerentes enfrentan hoy y que continuarán confrontando en el futuro, demandan una excelencia organizativa. Los esfuerzos para adquirir tal excelencia -a través del talento de su capital humano, de la calidad del servicio al cliente, del trabajo en equipo y de la aplicación inteligente y prudente de la reingeniería- están condicionadas por las maneras como las organizaciones hacen las cosas y aprovechan las oportunidades apasionando a su personal.

Estas empresas pequeñas, dinámicas y agresivas son las que dan vitalidad a los países y generan su progreso y desarrollo. Y allí radica la diferencia: pragmatismo versus dogmatismo. Sin entrar al plano filosófico o polémico, pero sólo para centrarnos en el tema empresarial, precisemos que lo pragmático y lo dogmático en esta realidad, no tienen que tener la misma connotación que cuando nos referimos a lo religioso o lo político. En el plano estrictamente empresarial, ser pragmático es pensar y actuar adaptándose a las circunstancias y exigencias de la realidad. En este mismo plano, ser dogmático es considerar sus ideas como dogmas, sin aceptar otras posibles. De allí que las personas, las empresas y los países que practican el pragmatismo, progresan, porque su prioridad es impulsar el desarro-

llo, es generar riqueza. En cambio las personas, las empresas y los países que dogmatizan, siguen pensando en la vigencia de la lucha de clases, de la izquierda y la derecha, de los proletarios y los capitalistas, y no aceptan las evidencias que son conceptos en extinción. No aceptan que el mundo ya no es bipolar. Que ya el capitalismo y el comunismo como sistemas políticos y económicos han sido superados por el advenimiento de la era del conocimiento, de la bioinformática, de la cibernética. En este nuevo mundo los dogmáticos están desubicados y su inacción y su inflexibilidad los retrazan y los distancian cada vez más del progreso y desarrollo.

Las personas, las empresas y los países con mentalidad pragmática impulsan el desarrollo, generan riqueza, depositan su confianza en esas empresas pequeñas, dinámicas y agresivas. Así dinamizan el mundo.

William Bridges experto en transiciones administrativas se pregunta ¿Qué está sucediendo en el mundo? Según él «aún cuando las estadísticas de ocupación en el mundo industrializado van al alza, el número de «trabajos buenos y de planta» siguen a la baja. Muchas personas trabajan como suplentes o eventuales. Las empresas dan trabajo a empleados independientes y a asesores, u otorgan «maquilas» a otras compañías. Cada vez más viene resultando cosa del pasado la idea de trabajar de 8 a 9 horas en cinco días a la semana durante los 12 meses del año, tomar vacaciones anuales, lo mismo que los asensos y las jubilaciones a los 65 años de edad».

La magnitud del tema la podemos apreciar del comentario de Lance Morrow «Estados Unidos entró en la era del trabajador contingente o temporal, de asesores y subcontratistas de la fuerza de trabajo <justo a tiempo>: fluida, flexible y desechable. Este es el futuro. El mensaje es: estás sólo. Para bien (algunas veces) y para mal (con frecuencia) los trabajadores del futuro constantemente deberán «vender» sus capacidades, inventar nuevas relaciones con patrones quienes, también ellos, tendrán que cambiar y adaptarse de manera constante para sobrevivir en el cruel mercado global».

Las ideas del mejoramiento continuo que se manejaron en el Japón desde la década de los 50's, dieron forma a un modelo empresarial que permitió al Japón asumir el liderazgo empresarial a nivel mundial. Surge así el concepto de mercado interno.

El mercado no tiene fronteras de actividad: es un lugar donde se intercambian mercancías. Los mercados moldean el comportamiento y actitudes, igual que lo hacen las organizaciones. Las reglas del mercado definen la manera en que todas las partes del intercambio serán capaces de satisfacer mejor sus necesidades y lograr sus objetivos».

La gente está más o menos acostumbrada a hacer eso con el mundo fuera de las empresas. Sin embargo, muy poca gente piensa en el interior de cada una de esas organizaciones como un mercado. Ese fue el grave problema de las organizaciones tradicionales. Por ser empresas orientadas hacia adentro estaban autocontenidas, ya que consideraban que cada individuo era un titular inamovible de un puesto también inamovible, que en la práctica era un propietario de su puesto con exigencias y expectativas ampliamente entendidas (e incluso con reglas formales). Esa realidad les hizo olvidar que los asuntos internos también son producto de las «fuerzas de mercado» internas y externas a la empresa.

Hoy día, son más y más las organizaciones que deciden centrar sus recursos en explotar sus propias «capacidades esenciales» distintivas y encontrar a través de la tercerización (out sourcing) los servicios que les brindan proveedores externos. Así invitan a las fuerzas del mercado a irrumpir en sus operaciones internas. Los trabajadores empiezan a ser evaluados en comparación (e incluso en pugna contra) proveedores externos.

Encomendar el trabajo a fuentes externas tiene su lógica, y esa lógica lleva a la conclusión de que cualquiera que busque trabajar para una empresa (como proveedor externo o como trabajador) deberá aprender a considerar a la organización como un mercado o de lo contrario perderá el contrato con la compañía ante cualquiera que sí lo haga. Para las empresas ya no será sólo decidir entre «construir o comprar» las partes que utiliza para la fabricación, sino entre emplear o contratar por fuera cada actividad que requiere en todas las fases de sus operaciones.

El viejo paradigma de la empresa piramidal alentó a los trabajadores a considerarse como los ocupantes naturales de los puestos. Quienes ocupaban un puesto tenían jefes que a su vez tenían un puesto, que significaba traducir las indicaciones que recibían de sus superiores en órdenes para sus subordinados. Así se dividía el trabajo común en labores individuales. El trabajador tradicional tenía dos

fuentes de autoridad: el jefe y la descripción del puesto. Si el trabajador pertenecía a un sindicato, esa entidad lo protegía cuando el jefe incumplía los términos establecidos por el puesto.

En cambio, en el mercado, la gente no tiene patrones o supervisores y las descripciones de los puestos no existen. No hay órdenes, ni traducción de las señales de arriba, nadie divide el trabajo en fragmentos. En un mercado uno tiene clientes y la relación entre un proveedor y un cliente es fundamentalmente no - organizacional, ya que se lleva a cabo entre dos entidades independientes. De acuerdo con el nuevo paradigma de la empresa basada en procesos, concebida como mercado, el jefe de uno (el patrón) en realidad es un cliente mayor más que una autoridad en el sentido antiguo. El patrón es sólo uno de los clientes.

Dentro del nuevo paradigma empresarial, que ha roto las amarras del trabajador con su puesto de trabajo, cada persona se siente como proveedor, viendo a sus superiores como clientes y se acerca a ellos como lo haría un proveedor independiente. En la práctica lo que está haciendo este trabajador es poner a la venta sus servicios como lo hace la gente que trabaja por su cuenta.

Para que el trabajador se adapte bien al nuevo ambiente es necesario que conozca lo que su cliente-patrón necesita y cómo proporcionarle aquello que satisfaga efectivamente su necesidad. Ya que su patrón también tiene clientes, las organizaciones modernas son cadenas unidas de proveedores y clientes.

El mercado organizacional interno en que laboran los trabajadores con mentalidad de proveedores, también está unido al mercado externo de la misma compañía. El último medio de supervivencia de la empresa se basa en los clientes, de tal manera que el trabajador con mentalidad de proveedor es más valioso que el trabajador tradicional. El trabajador proveedor sirve mejor a sus clientes.

Resumiendo, el trabajador no servirá bien a su empresa en su papel de proveedor a menos que lo que haga aumente valor a la organización para satisfacer las necesidades de su propio mercado externo.

Con tanta turbulencia y tantos cambios que las empresas deben hacer para desenvolverse en el rápido y convulsionado mercado actual, es natural que los puestos empiecen a desintegrarse. Muchos empleados sienten que las compañías para las que trabajan están en permanente cambio y que se les va más energía en

planear y manejar el cambio que en suministrar productos y servicios. Sin embargo, estos cambios no representarían tanto esfuerzo si la estructura, procedimientos, valores y papeles de su organización estuvieran preparadas para el cambio. La dificultad está en que la forma tradicional de organización está demostrando ser parte del problema, y no parte de la solución. En la estructura tradicional, ese pequeño paquete de responsabilidades (el puesto de trabajo), recompensado de acuerdo con una fórmula fija (nivel de pago), y una relación única a quien reportar (lugar en la cadena de mando) es un obstáculo para el cambio.

A nivel de la economía peruana, la década de los 80, significó el deterioro total de nuestro sistema económico, con la hiper inflación y la destrucción del sistema empresarial formal. La rigidez del marco legal laboral y financiero y la permeabilidad del Estado ante la tiranía sindical, permitió el embalse de los excedentes de empleo en las empresas y en el mismo aparato estatal, el que colapsó en los primeros años de la década actual. De allí que el impacto del Decreto Legislativo 728 denominada Ley de Fomento del Empleo se sintiera en las fuertes reducciones de personal excedente de las empresas privadas, o el uso excesivo de los contratos a modalidad, los «services» y las cooperativas de trabajo. La reestructuración de las empresas al presente se seguirá presentando por la influencia de la tecnología que recién ingresa con fuerza en los sistemas operativos y administrativos de nuestras empresas. El mismo fenómeno de la desaparición de los puestos de trabajo, será el que nos acompañará de aquí al futuro.

1.2 La transformación laboral

Alvin Tofler en su obra «La Tercera Ola», refiere los tres grandes cambios de la economía del mundo: la ola agraria, la ola industrial y la ola del conocimiento.

Estamos viviendo y sintiendo el cambio de ola. En la era post industrial que nos está tocando vivir, a nivel mundial lo más evidente es la flexibilidad de la actividad laboral. Algunas alternativas a tener empleo son obvias: empezar un negocio propio; volverse artista; convertirse en asesor; hacer trabajo independiente o de medio tiempo, o a trabajar en casa (tele trabajo). Y bajo la presión de la desaparición de los puestos tradicionales en las organizaciones, más gente se está adaptando a las nuevas realidades. Pero existe también otra respuesta, que es trabajar dentro de las organizaciones como trabajador a tiempo completo, pero bajo convenios elásticos: trabajar en equipos dentro de los procesos. Para empe-

zar se plantea una nueva realidad donde no existe horario regular; los edificios están abiertos a los trabajadores las 24 horas del día. La gente trabaja en cualquier horario, todo el tiempo sin que nadie lleve un registro de sus horas, pero todos están pendientes de los resultados de cada trabajador. No reportan ante gerentes convencionales, sino ante los equipos de proyecto a los que pertenecen. Es muy probable que esos equipos, a su vez, sean subconjuntos de un grupo más grande, y de un proyecto muy grande, como por ejemplo el equipo de desarrollo del sistema operativo de Windows para PC de la empresa Microsoft, donde existen muchos grupos de proyecto dentro de grupos de proyectos más grandes.

Estas nuevas formas de trabajo que se incorporan en las organizaciones, no cuentan con los límites normales que le indican a los trabajadores cuándo efectuaron un trabajo normal y satisfactorio. Ya que se espera que agreguen valor a lo que hacen, tienen que concentrarse en aportar a los resultados superiores que necesita la empresa, pues no están protegidos por las fronteras de un puesto de trabajo. Normal y satisfactorio se convierten en sinónimos de calidad inferior. Se espera que los trabajadores de esas empresas organizadas en red, trabajen más allá de los límites que cualquier puesto normal establece.

En muchos proyectos la presión es tan fuerte por el resultado que se espera, que los trabajadores laboran incluso sábados y domingos, piden sus alimentos a la oficina, y muchos empiezan a dormir en el trabajo. Se conocen casos de desintegración de la familia y los que no soportan la presión, renuncian. Como contraparte, las recompensas que reciben estos trabajadores salen de los esquemas tradicionales y formales.

Los puestos tradicionales hacen difícil que una organización de cualquier tamaño, en cualquier campo, responda con rapidez al mercado que está cambiando rápidamente. Los trabajadores que intentan aferrarse a sus puestos individuales pierden de vista lo importante y no comprenden la razón por la que fueron contratados: para contribuir a la actividad principal del negocio. La variable no es el tamaño de la organización o el sector económico en el que funciona. La variable es con cuánta rapidez las fuerzas del medio las obligan a cambiar la forma en la que trabajan.

Hoy, las viejas reglas entran en contradicción con la realidad. Aunque las organizaciones se sienten muy incómodas al expresarlas, algunas de las nuevas

reglas, aunque con lentitud, empiezan a ser el centro de atención y mientras más rápido los trabajadores de hoy las entiendan, estarán en mejores condiciones. Esas nuevas reglas son:

- Todos son trabajadores eventuales, no sólo los de medio tiempo y los empleados por contrato. Es decir, la contratación de todos es eventual y depende de los resultados que la compañía logre

- Al reconocer la turbulencia en el ambiente de los negocios, los trabajadores necesitan considerarse a sí mismos como personas cuyo valor para la organización debe demostrarse en cada nueva situación que se les presente;

- A la luz de su eventualidad, los trabajadores deben desarrollar una manera de abordar su trabajo y una forma de manejar sus propias carreras que sea más como la de un proveedor externo que como un empleado tradicional. Deben pensar que están en «un negocio para ellos» y que la empresa les ha solicitado sus tareas como si fueran proveedores externos

- Las empresas, por su propio interés, trabajarán en estrecha colaboración con estos empleados de nuevo estilo para que la relación los beneficie al máximo, pero los beneficios de este nuevo arreglo serán diferentes a los anteriores. Serán inherentes a la naturaleza del trabajo en sí en lugar de ser adicionales

- Los trabajadores actúan como agentes de negocio para ellos mismos al mantener un plan de autodesarrollo durante toda su carrera, tomando la responsabilidad primaria de invertir en un seguro de gastos médicos y en fondos de retiro y renegociando sus convenios de compensaciones con la empresa todas las veces que cambien las necesidades organizacionales
- Debido a que con más frecuencia las empresas encargan sus actividades a equipos de proyectos compuestos por gente de antecedentes funcionales diferentes, los trabajadores deben ser muy flexibles y capaces de trabajar en varios proyectos al mismo tiempo

- Así como los trabajadores deberán estar preparados para cambiar de un proyecto a otro dentro de la misma empresa, también deberían estar prepa-

rados para pasar de una empresa a otra. Para la mayoría de los trabajadores, la contratación por un largo plazo es cosa del pasado

- Al reconocer que éstas son exigencias nuevas y difíciles, la empresa deberá hacer su parte al suministrar información, capacitación y asesoría a la gente que está pasando por esta difícil transición de las viejas reglas a las nuevas; pero finalmente son los propios trabajadores, de manera individual, quienes deben manejar dicha transición en sus profesiones y sus vidas.

Estas nuevas reglas siguen evolucionando y se vuelven operativas con mayor rapidez en algunas áreas de la economía que en otras. Es evidente que las empresas ya sea de manera abierta o con cierta reserva las están asimilando.

Estas nuevas realidades todavía son difíciles de asimilar en las organizaciones que se mueven con más lentitud; en las profesiones tradicionales como la educación, la medicina, el derecho y en la burocracia gubernamental, donde la seguridad del empleo tiene mucho valor. Pero incluso allí se observan despidos, jubilaciones anticipadas, reorganizaciones que conducen a descensos de facto, cancelaciones o modificaciones radicales de los paquetes de prestaciones. Todas estas acciones indican claramente que las reglas cambiaron.

En la nueva economía la fuerza laboral es temporal por dos razones. La primera es que los contratos de trabajo están en decadencia, junto con las tradiciones que las crearon; así que su importancia en el escenario económico es sólo temporal. La segunda es que los convenios colectivos de trabajo (diferentes a los de origen sindical) que están tomando su lugar, son temporales, en el sentido de que se crean para satisfacer las necesidades de productividad en una situación inmediata pero cambiante.

La seguridad en el trabajo está pasando por una de esas redefiniciones fundamentales que marcan un cambio social. Ahora la seguridad reside en la persona más que en el puesto, y en una serie de cualidades que no tienen nada que ver con las políticas o prácticas empresariales. De ahora en adelante, al trabajador le será cada vez más difícil encontrar seguridad en un empleo. En el futuro, su seguridad dependerá de que como trabajador y como persona cultive algunas características como la de ser atractivo para el patrón y contar con las aptitudes y actitudes requeridas; que tenga mentalidad de proveedor independiente; y sea flexible para

aprender lo nuevo, para vivir con altos niveles de incertidumbre y encontrar su propia seguridad en su interior más que en el exterior.

Sus competencias darán al trabajador la única clase de seguridad que existe actualmente, ya que lo prepararán para lo que será el mundo laboral en el futuro previsible: el proyecto, y una empresa constituida alrededor de una cambiante mezcla de proyectos.

Otro aspecto de la nueva realidad laboral es que la línea divisoria entre la condición de trabajar por su cuenta y trabajar para un patrón se ha vuelto incierta: la tecnología de la comunicación y los contratos de trabajo flexibles permiten que los trabajadores a tiempo completo trabajen en el hogar y cumplan con su horario semanal sin salir de su casa. Al mismo tiempo la gente que trabaja por su cuenta laborará en tareas que antes hacía un trabajador y dispondrá de oficinas dentro de la compañía, tendrá calidad de miembro de la fuerza de trabajo de la empresa, e incluso obtendrá beneficios propios de los trabajadores dependientes.

Por lo expuesto hasta aquí es un hecho que para el trabajador post industrial, las alternativas de empleo son totalmente diferentes a las del trabajador del período industrial. El secreto está en que éste último trabajador supere su confusión y desaliento como lo están logrando miles y miles de trabajadores que han entrado de lleno en la era de la electrónica, la cibernética y la informática. Es que estamos tratando con un cambio irreversible. Quien se aferre a los empleos tradicionales quedará en el vacío. En esta ocasión unos cuantos cambios menores y la decisión de trabajar con más ahínco no serán suficientes, se necesitará de una estrategia para una nueva situación que es por completo diferente al ayer, y el tiempo se está acabando, incluso para países de evolución económica lenta como los latinoamericanos.

Estas condiciones que plantea la nueva economía representan el fin de la actividad laboral tradicional. Definen una manera de considerar el trabajo y las carreras profesionales que pocos de los empleados actuales entienden. A menos que se empiece pronto a reeducar a nuestra fuerza de trabajo en estas nuevas expectativas y las realidades económicas que las han conformado, se vivirán varias décadas de caos económico que dañarán a las empresas y acabarán con varias generaciones de trabajadores.

1.3 La Paradoja

Nos encontramos en una situación paradójica. El cambio ya se dio, pero las empresas y fundamentalmente las estructuras del Estado siguen considerando los puestos de trabajo estables como la forma humana natural.

En estas condiciones, los trabajadores no pueden esperar a que las empresas y los gobiernos se organicen y deben actuar en forma independiente por su propio bien, pero sus esfuerzos individuales necesitarán complementarse con los esfuerzos colectivos. Los individuos sin puestos de trabajo tradicionales necesitarán organizaciones sin puestos de trabajo tradicionales y viceversa.

Si los puestos de trabajo están cediendo ante los roles flexibles que desempeñan los nuevos trabajadores, se necesitarán nuevas formas de asegurar el ingreso y de ahorrar para los años posteriores. Se necesitará que los trabajadores se capaciten varias veces durante sus carreras, y se tendrán que encontrar fuentes idóneas para dicha capacitación . Un plan de salud basado en el empleo estable ya no tiene sentido. El nuevo sistema empresarial también obligará a los sindicatos de trabajadores a redefinir lo que son y lo que hacen. Y cuando los puestos estables desaparezcan, también desaparecerán los contratos de tiempo completo, y con eso la misma idea del desempleo.

La respuesta es crear una empresa sin funciones estables. A las organizaciones sin puestos de trabajo tradicionales se les denomina organizaciones por procesos, pues así se organizan, diseñando sus procesos en base a la relación de proveedor a cliente. Solamente aquellos procesos que permiten lograr los resultados que satisfagan a los clientes tienen razón de existir. En los procesos los trabajadores laboran en equipo sin tener un puesto rígido y permanente. Lo que necesitan las empresas es repensar todo lo que hacen.

Por eso al momento de la contratación, lo primero que deben hacer es contratar a la gente adecuada, esto es a la gente que esté encantada con el tipo de trabajo que hace. Por que la organización contrata a una persona para lograr resultados en el trabajo y no para ocupar un puesto.

¿Empleo de qué? ¿formación de qué? ¿remuneraciones de qué? ¿vacaciones de que? ¿jubilación de qué? La realidad es que el trabajador estará contratado

para un proyecto o por un tiempo determinado y no como los empleados actuales. Por tanto tendrán que replantearse las cuestiones relacionadas a los derechos laborales.

El perfil del nuevo trabajador enmarca libertad, implica sentir que trabaja por su cuenta, sin dependencia laboral permanente, sentirse riguroso y exigente supervisor. Este tipo de trabajador, pierde una definición de lo que es suficiente. Hay que agregar también el hecho de que el trabajador inestable planeará sus propias contrataciones e intentará (al igual que los profesionales independientes) aprovechar las ocasiones. El resultado es que esos trabajadores tendrán que aprender a llevar su propio ritmo.

En las compensaciones se hará visible el deterioro del salario tradicional. Se observará la reducción de la remuneración con la ampliación de las ganancias compartidas, que tomarán la forma de gratificaciones, opciones de compra de acciones, o reparto de utilidades. La intención será orientar el énfasis del pago a la persona por el valor que agrega a los resultados. Otro aspecto trascendente será pagar por competencias.

Pero ya sea que se les pague por destrezas, honorarios por servicios, participación en las ganancias o alguna forma de compensación que aún esté por descubrirse, la empresa reconoce que los salarios fijos son tan contraproducentes como los puestos. Las empresas necesitan nuevos niveles de esfuerzo y nuevos grados de flexibilidad de parte de sus trabajadores, por lo que buscarán nuevas e ingeniosas formas de compensar a sus colaboradores.

1.4 Los nuevos retos para los agentes sociales

Nuevos retos para los trabajadores

Los trabajadores se enfrentan al fenómeno del cambio, y su futuro parece tanto peligroso como incierto. En el momento que se den cuenta de la realidad y de que los cambios que se avecinan no son simples baches periódicos en el empleo, sino un cambio profundo y permanente sobre cómo se deberá hacer el trabajo, empezarán a convertir estas dificultades en oportunidades. Estas personas formarán la importantísima vanguardia de la nueva fuerza de trabajo. Su avance en una nueva dirección guiará a otros detrás de ellos, y su éxito en las nuevas

sendas profesionales servirá de modelo a otros. Esta gente que impone una tendencia tiene un papel social muy importante que desempeñar. Pero ellos solos no lograrán los cambios necesarios.

Nuevos retos para las empresas

Los empresarios también deben asumir el reto de establecer empresas totalmente nuevas y las existentes deberán cambiar radicalmente orientando sus procesos para que el trabajador sin puesto sea una ventaja para ellas. Sin embargo, no todas las empresas cambiarán. Durante las siguientes décadas es previsible ver como se desintegrarán muchas de las empresas que alguna vez fueron invencibles: Pero otras nuevas nacerán y crecerán en su lugar.

Nuevos retos para el Estado

1°Los líderes políticos deben abandonar la fantasía de que es posible recuperar o volver a crear puestos artificialmente, sin generar riqueza. Es necesario entender que no hay manera de hacer surgir más puestos como si fueran productos industriales.

2°.Los líderes políticos deben enfrentar las verdaderas razones por las que la gente sigue perdiendo su trabajo. Deben superar la solución simplista de considerar al Estado como empleador.

3°.Los políticos deben limpiar el camino para poner a los ciudadanos al corriente con las realidades socioeconómicas. Deben liderar el movimiento emprendedor, capacitando a la población para asumir el reto de convertirse en empresarios.

4°.El Estado debe reinventar la forma de gobierno. Pasar a una forma de gobierno ágil y efectiva que oriente su misión a la generación de riqueza y su visión al desarrollo de las personas y al crecimiento sostenido de las variables sociales y económicas que garanticen bienestar real al cien por ciento de la población.

5°. Los gobiernos deben concentrarse en crear un ambiente atractivo para la formación de nuevos negocios, con impuestos bajos, buena educación, redes de transporte y comunicaciones accesibles y simplificación de trámites para la formación de negocios.

6°. El gobierno debe liderar el movimiento de incubación de negocios, que está demostrando en países que lo promueven, un rápido crecimiento de su microeconomía.

Nuevos retos para los sindicatos

Los sindicatos se deben reinventar. Por definición los sindicatos son organizaciones que defienden los derechos e intereses de los trabajadores. Ello ha hecho que en la práctica «se casen» con el arcaico mundo de los puestos de trabajo. Es que en respuesta a la forma en la que el industrialismo transformaba al trabajo en el mundo occidental, los sindicatos se volvieron los mayores defensores de los puestos de trabajo: Las descripciones de los puestos se convirtieron en sus textos sagrados, ya que las consideraban la protección del trabajador ante la explotación. Por ello era común que los convenios colectivos contuvieran cláusulas muy detallistas y exactas, como aquella de especificar con exactitud cuanta arena apaleaba un trabajador por minuto y cuál debía ser el contenido preciso de humedad.

Es tiempo ya de que los sindicatos dejen esas prácticas. Con ellas se interponen a acuerdos laborales más flexibles y a un estilo de trabajo que esté más a tono con las nuevas realidades económicas y porque, además, dichas acciones también evitan que los sindicatos jueguen un papel creativo y útil en el futuro. Hasta que los sindicatos no abandonen su enfoque en los puestos, no sólo seguirán perdiendo afiliados sino que no encontrarán su papel adecuado. Los nuevos tiempos traen nuevos problemas, y los nuevos problemas exigen nuevas soluciones.

Debemos insistir en que los trabajadores del futuro van a basarse más en las destrezas que en los puestos. Serán más personas de negocios independientes (o empresas de una sola persona con oficina en casa) que trabajadores convencionales. Podrán trabajar para más de un cliente a la vez, y es probable que entren y salgan de las empresas, siendo trabajadores de tiempo completo, luego contratados para un trabajo determinado, luego para una asesoría, y después de regreso a una empresa (pero esta vez de medio tiempo) para un encargo a largo plazo.

Esta nueva clase de trabajador no pertenece al proletariado. Esta persona es un recurso móvil sin identidad laboral fija. Esta persona necesita la información y oportunidades de aprendizaje que la alianza con otros trabajadores similares le brindará. Esta persona no necesita un sindicato laboral clasista del modelo actual.

Los nuevos roles de los sindicatos los ubican como instituciones educativas, donde los trabajadores acuden cuando las demandas de trabajo les exigen aprender más de algo. Pueden ser unidades de educación continua que se constituyen en una de las ventajas que el trabajador no tradicional aprovechará para aumentar su posibilidad de ser trabajador. Pueden ser fuentes de asesoría, más parecido a un grupo de usuarios de computadora que a un sindicato tradicional. Parte de esta asistencia de asesoría será técnica, pero otra parte estará relacionada con los negocios. El nuevo rol sindical será ayudar a los trabajadores independientes a proteger sus intereses mostrándoles qué buscar en un contrato y cómo insistir en las frases y condiciones protectoras.

Muchos serán sindicatos de negocios completos que ayudarán a sus miembros interviniendo cuando éstos tengan alguna queja contra un patrón. Serán grupos comunes donde los trabajadores obtendrán asesoría en seguros e inversiones más económicas que si la solicitaran por separado. Serán marcos de trabajo dentro de los cuales los trabajadores más jóvenes serán aprendices de aquellos más experimentados, y dentro de los cuales los trabajadores con una buena red de contactos comerciales y profesionales encontrarán un mentor.

II. LA OTRA CARA DE LA GLOBALIZACION

La globalización involucra aspectos culturales, políticos y económicos.

2.1 El elemento cultural

Se refiere a que las personas entendamos la globalización y nos incorporemos en esta compleja red. Esto evidentemente exige un cambio radical en nuestra forma de pensar, de sentir y de vivir.

Vistas así las cosas, tenemos entre manos un tremendo problema: hay personas, hay países que si entienden el fenómeno de la globalización y se incorporan de lleno en él y son los que progresan, crecen, se desarrollan y se distancian rápidamente de las personas y los países que no queremos entender este fenóme-

no y persistimos en vivir del modo en que estuvimos acostumbrados y nos resistirnos a aceptar que el mundo ya cambió Y DE QUÉ MANERA.

El elemento cultural está constituido por las creencias, principios, actitudes, usos y costumbres de una sociedad que se comparten fuertemente. Este factor cultural que en sociedades del tercer mundo retraza el desarrollo, es diferente en sociedades desarrolladas donde esos comportamientos son sus impulsores. Pero lo importante es entender que en las actuales sociedades desarrolladas en algún momento se produjo un cambio en el factor cultural, el mismo que deberá producirse en nuestras sociedades, si realmente vamos a cambiar.

Los contrastes culturales son evidentes entre las sociedades que progresan y las sociedades estancadas. Estudiosos de los comportamientos sociales, refieren que en sociedades desarrolladas es proactiva su actitud frente a conceptos tan importantes como la vida, el tiempo, la riqueza, la justicia, el éxito. En cambio en el llamado tercer mundo es reactiva su actitud respecto a ellos.

Para precisar mejor los alcances del aspecto cultural, me tomo la licencia de hacer un resumen de estas ideas tratadas en importantes foros empresariales como el CADE en Perú:

Actitud frente a la vida. Como tendencia, en las sociedades atrasadas consideramos que la vida es algo que ocurre, que está fuera de nosotros, por eso nos sentimos las víctimas, injustamente tratados por el destino. Ese destino puede ser el imperialismo, la deuda externa, las trasnacionales, el terrorismo o la oligarquía: siempre buscamos un culpable; siempre ubicamos el problema fuera de nosotros y no tenemos capacidad de autocrítica, para analizar y asumir el problema como nuestro para darle solución. Al sentir así la vida, nos limitamos a nosotros mismos en la posibilidad de lograr las cosas, nos impide realizar y decidir nuestra propia vida.

En cambio, en las sociedades desarrolladas, como tendencia, la vida es lo que uno hará con ella. Allí el hombre hace su propia vida.

Actitud frente al tiempo. Como tendencia, en las sociedades atrasadas nos importa el pasado y lo vivimos intensamente acumulando rencores, pasiones, tradiciones, memorias y profundos resentimientos; también nos importa el presente

con sus emociones, su estado de ánimo. En cambio no nos importa el futuro inmediato.

En las sociedades avanzadas, modernas, como tendencia, el hombre es práctico y el único tiempo que le importa es el futuro inmediato, el tiempo del proyecto, pues es el único tiempo que él puede controlar; los demás tiempos no le interesan, pues el pasado ya pasó y el presente es tan inmediato que no se lo puede controlar. Por eso lo único que tiene es su futuro inmediato, ese tiempo lo puede gobernar pues le permite saber lo que hará con su vida.

Como tendencia, nosotros nos instalamos en el tiempo, mientras en las sociedades avanzadas las personas se sienten empujadas por el tiempo. Por eso nosotros sentimos al tiempo como vehículo, como predio, en cambio las personas de las sociedades modernas, como tendencia, sienten al tiempo como motor y látigo. Ello explica nuestra impuntualidad, nuestra falta de planificación, de seguimiento, de constancia, de perseverancia. Como tendencia, nos sentimos muy cómodos instalados en el tiempo.

Actitud frente a la riqueza. Como tendencia, en las sociedades atrasadas la riqueza se encuentra, no se crea; consideramos que es estática y limitada; consideramos que es lo que hay. Al entender así la riqueza, consideramos al trabajo como castigo. En esta forma hemos divorciado la riqueza del trabajo, del cual tenemos la sensación de que es impuesto por un patrón injusto y explotador.

En las sociedades desarrolladas, como tendencia, el trabajo tiene rasgos distintos, donde es entendido como una oportunidad para progresar.

Otro concepto arraigado en nuestra sociedad es el de bien limitado, según el cual, como tendencia, la riqueza es estática y limitada y por tanto el que tiene más es necesariamente porque le ha quitado a alguien. En sociedades desarrolladas en cambio, como tendencia, ha calado hondo la idea de que se puede generar y crear más bienes mediante la iniciativa privada, la creatividad y el sentido empresarial que impulsa e influye en la superación de la gente.

También está arraigada entre nosotros, como tendencia, la concepción de la riqueza de lo que hay, por eso vivimos obsesionados con la tierra, la reforma agraria, la parcelación, los recursos naturales, las materias primas. Es que cree-

mos firmemente que lo importante es lo que hay. En cambio las sociedades modernas han aprendido que lo más importante es lo que no hay, lo más importante es lo que no hay y se va a crear. Por eso lo que les importa son los diseños, los proyectos, las investigaciones, los descubrimientos. Para ellos la tierra, la ganadería y todas las cosas que existen son apenas simples residuos que quedan del pasado y la verdadera riqueza es el futuro que se proyecta.

Actitud frente a la justicia. Como tendencia, en las sociedades atrasadas confundimos justicia con misericordia, por eso nuestra forma de ayudar a otro es la limosna. Somos una sociedad caritativa aferrada a entender que la única manera de ayudar al prójimo es que la persona que ayuda se desprenda de sus cosas. Para nosotros la justicia es igual a caridad. Esto explica por qué no nos interesa ni como sociedad ni como Estado, lograr excedentes o reservar sobrantes para reinvertir y por tanto no crecemos. Es siempre la misma cantidad de cosas, de tierra, que se está repartiendo y volviendo a repartir. Consideramos que es más justo que se distribuya todo en forma equitativa e igualitaria entre todos los ciudadanos.

En cambio, en una sociedad que progresa, como tendencia, lo justo es impulsar el crecimiento, la inversión. Para este tipo de sociedad, nuestra forma de distribuir todo entre todos es muy injusta, pues afecta al futuro, a quienes van a venir al mundo. Esa nueva generación se verá doblemente afectada, porque no puede protestar, no puede hacer huelgas, no puede tomar fábricas. Al distribuir todo y no reservar fondos para reinversión, se condena a la generación futura a la pobreza. El distribucionismo en la medida que anula la inversión, es un aborto colectivo, un genocidio contra los seres que no pueden defenderse y protestar.

En contraposición a esta idea absurda de justicia, está la moderna concepción que la identifica con la generación de riqueza, con el lanzamiento de un proceso de desarrollo en beneficio de los que van a venir. Allí se entiende que los seres que llegan tienen más derecho a una vida plena, por eso invierten, crecen.

Actitud frente al éxito. Como tendencia, en las sociedades atrasadas consideramos natural que en el proceso económico siempre haya un ganador y un perdedor. En pleno siglo XXI la imagen del hombre de éxito, del ganador es la imagen negativa porque le quitó algo a alguien. El que ganó es culpable por su éxito es el verdugo, al que le va mal es la víctima. Por eso la imagen del gerente, del empresario, es la imagen del mercader, del especulador. De tal modo que si en alguna

oportunidad ocupan el titular de un periódico es para calificarlo de explotador, de mal ciudadano. La ganancia es moralmente negativa, genera sentimientos de culpa en quien la logra y sentimientos de hostilidad en quien no la logra.

En cambio, en una sociedad desarrollada, como tendencia, el progreso económico individual es positivo, allí el que gana hace ganar. Como el resultado económico de la actividad es creciente, el que gana beneficia a otros, porque por ejemplo crea fuentes de trabajo. En este tipo de sociedad, el empresario, el gerente deja de ser el mercader, el privilegiado, el especulador, para convertirse en el promotor del progreso, en la persona que encarna los valores del desarrollo. Allí los ejecutivos, ocupan las carátulas de las revistas, son los nuevos héroes de la sociedad que se desarrolla.

2.2 Subdesarrollo y subadministración

Es este factor cultural la causa real del subdesarrollo de nuestros países, que tiene consecuencias políticas y económicas.

Si entendemos por política lo relativo a la organización y al gobierno de los asuntos públicos, se refiere al arte de gobernar o dirigir un Estado. La consecuencia directa del factor cultural en los países subdesarrollados es la crisis política, centrada básicamente en la ausencia de dirección y de liderazgo. La carencia de dirección implica incapacidad de manejar la complejidad y la carencia de liderazgo implica a su vez la incapacidad para manejar el cambio.

Hay que considerar que el sistema político y empresarial es paralelo al sistema educativo. Me explico, el sistema educativo forma e instruye para la vida, para que los jóvenes puedan trabajar. Son los estudiantes que acceden a la Universidad, los que al egresar reciben la licencia para ejercer labores de dirección en organismos públicos y privados. Por tanto la Universidad desde siempre debió tener la responsabilidad de dar a esos licenciados la formación gerencial y desarrollar sus competencias de liderazgo. El error de las Universidades del tercer mundo de abdicar de su rol de proveedores, ha hecho que se aíslen y divorcien del sistema político y empresarial. El Estado y las empresas que son los clientes de la Universidad al no contar con profesionales capaces de dirigir y liderar han resentido sus estructuras y especialmente el Estado se ha convertido en un ente incompetente e inútil para su país.

Pero el factor político que es consecuencia del factor cultural, es a su vez la causa del estancamiento económico provocado por la falta de excedentes que reviertan en el aparato productivo. No existe lo que sería lógico, un proceso de sostenido crecimiento económico.

Pongamos el caso de la actual situación económica del Perú, que tiene estos condicionantes:

- Está afectada la viabilidad del financiamiento del Estado, por la caída de los ingresos fiscales desde los últimos años de la década de los ochenta.
- Evidente deterioro de la cantidad y calidad de los bienes y servicios públicos. Su expresión numérica más concreta es la caída del gasto público social de valores estables de $ 45.00 per cápita hasta la década de los ochenta a $13.00 per cápita en la actualidad.
- Redistribución regresiva de la riqueza y empobrecimiento creciente de las capas más necesitadas. Su expresión más concreta es la caída de los salarios y la falta de apoyo a la actividad privada que es la que realmente crea riqueza. El Estado ha abdicado a su rol promotor de la riqueza, centrando su atención a la acción asistencialista que da réditos políticos de corto plazo.
- Recesión profunda con el consecuente crecimiento del desempleo y subempleo. La producción global ha caído sostenidamente desde 1987 a niveles de destrucción del aparato productivo del país y el empleo debidamente remunerado en la actualidad es menor al 10%.
- Desaliento y retracción de la inversión privada interna y externa, como consecuencia de los cambios frecuentes, arbitrarios y caprichosos en las reglas de juego producidos por el Estado.
- Un aparato estatal muy grande, pobre e ineficiente.

En estos problemas de los país subdesarrollados: **la recesión, el subdesarrollo** y **la crisis dirigencial**, nuestros gobernantes y nosotros como gobernados venimos entrampados en dar solución a causas aparentes y no hemos profundizado en buscar la causa real que es EL FACTOR CULTURAL. Por esta razón no se han tomado las decisiones adecuadas y por tanto el problema subsiste y se agudiza.

¿Cuál es la solución?

La sentencia de Peter Druker de que «no hay países subdesarrollados, son países subadministrados», no puede ser más expresiva y aplicable a los países pobres HOY. ¿En que contexto el Sr. Druker menciona la palabra subadministración? En un contexto macro, como el resultado negativo de los procesos de gestión pública de un país, que se repiten año por año como en un remolino sin punto de salida. El resultado final es recesión con pérdida de poder adquisitivo, desempleo y empobrecimiento de la población a niveles de pobreza crítica e indigencia. La sub administración es la distorsión de la acción administrativa.

Por tanto, ¿que es Administración? es el arte y la ciencia de hacer bien las cosas; es el arte de hacer bien las cosas en vista de las realidades de una situación. Pero para trabajar bien se hace uso de los conocimientos organizados de la profesión, los cuales constituyen ciencia.

Si bien existe la profesión de administrador que se formaliza con la Licenciatura en Administración, en todas las profesiones su ejercicio profesional exige emplear el arte y la ciencia de administrar. A este rol que implica dirigir y liderar se le denomina gerencia. Sin embargo en el Perú (y es posible que esta situación se repita en otros países) en la formación universitaria de todas las carreras profesionales no se enseña a profundidad la administración, por que no se tiene en cuenta que esos estudiantes al ejercer su profesión dirigirán personas y administrarán recursos técnicos y financieros.

La administración es una actividad esencial en todas las actividades humanas y fundamentalmente en las organizaciones sean privadas o públicas. Dirigir la complejidad y liderar los cambios son los roles de todo gerente. Gerentes son los Presidentes de los poderes del Estado, son los Ministros, son todos los funcionarios públicos tanto del Ejecutivo, Legislativo y Poder Judicial, el párroco y toda la jerarquía de las iglesias, las autoridades de las universidades, de los colegios, de los hospitales, de los cuarteles, de las empresas privadas y públicas, etc. Lamentablemente, en su mayoría carecen de una formación administrativa básica y su labor gerencial la ejecutan empíricamente, intuitivamente y así sutilmente van de error en error y de fracaso en fracaso. El Perú tiene 184 años de vida republicana y ha sido y sigue siendo administrado empírica e intuitivamente y transita de fra-

caso en fracaso y de error en error. Evidentemente los fracasos acumulados y los errores acumulados crean el monstruoso resultado que vivimos en la actualidad.

Como todos somos parte del problema no lo medimos en su exacta dimensión y seguimos empeñados en buscar causas aparentes y no la causa real que es la carencia de dirección y liderazgo.

El gerente de éxito no es un iluminado, es una persona que aprende a dirigir y liderar en la academia y lo aplica en las instituciones en el tiempo, empezando desde cargos inferiores y va aprendiendo de sus éxitos y fracasos. Aprende a ser estratega.

No es que seamos pitonisos, pero mientras sean aventureros los que gerencien los puestos públicos claves, los problemas fundamentales de los países subdesarrollados seguirán y se agravarán.

La meta de quien administra es lograr superávit y ser productivo, Esta meta es la parte terminal de la actividad gerencial. ¿Dónde está el inicio? Los japoneses lo saben. También lo saben los países que han logrado prosperidad. Allí se enseña administración a los niños desde las primeras letras. La lengua, las matemáticas y la administración forman parte de la formación básica que se continúa en las escuelas intermedias y en los estudios superiores. Así se preparan mentes organizadas que al aplicar en el mundo de trabajo logran hacer bien las cosas. El Kaizen o mejoramiento continuo en el Japón es la administración en acción: ser hoy mejor que ayer y mañana un poquito mejor que hoy. La calidad total que es la filosofía del éxito es la administración en acción.

En las empresas su éxito está en su planeamiento estratégico. En las personas su éxito está en su proyecto de vida. En los Estados de los países que crecen su éxito está en su planeamiento estratégico.

En los Estados de los países subdesarrollados su fracaso es perfectamente identificable. No requiere comentarios.

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

3.1 Reflexiones finales a manera de conclusión

1. Los asuntos de empleo, formación e ingresos en nuestros países deben ser observados en perspectiva, más allá de nuestra realidad cotidiana.
   Desde nuestra óptica, estos temas trascienden los marcos estrictamente jurídicos o burocráticos. Empleo, formación e ingresos son conceptos típicos de gestión y sus parámetros son: productividad y competitividad.
   Cuando las personas, las instituciones y los países son altamente productivos y competitivos garantizan empleo, formación e ingresos, nuestros países subdesarrollados -con evidentes y gratas excepciones-, no garantizan estas dos variables, porque no destacan por su productividad y su competitividad.

2. El factor cultural en nuestros países, que es la causa real del subdesarrollo, tiene enraizados en su sociedad, profundos valores opuestos al progreso. Nuestra forma de entender la vida, el tiempo, la riqueza, la justicia, el éxito nos impiden progresar. Como estamos inmersos en el problema tenemos incapacidad de autocrítica. Cuando más retracemos la reversión de estos valores, más nos distanciaremos de la modernidad y del bienestar.

3. La consecuencia directa del factor cultural es la forma de gobierno, es la política. Si la administración como concepto y como praxis está interiorizada en cada persona, ella en sus actos laborales o en sus acciones políticas hará las cosas bien. Por tanto las empresas donde trabaja o el Estado en que interviene serán exitosas. A la inversa cuando la persona no interioriza la administración como acción de vida, actúa desorganizadamente en todos sus actos. En la empresa o en el Gobierno hará las cosas mal. Eso explica el caos de gobierno y del funcionamiento empresarial de los países subdesarrollados.

4. Los funcionarios públicos y los ejecutivos de empresas son gerentes porque administran, cumpliendo dos roles básicos: manejan la complejidad y los cambios. Haciendo lo primero resuelven con efectividad el día a día y proyectan con seguridad el futuro de la organización. Haciendo lo segundo

lideran, esto es comprometen e involucran a todos: personal, proveedores, clientes, etc. Para lograr los objetivos previstos.

5. Cuando la falta de dirección y liderazgo es la carencia mayor en las organizaciones del Estado, las consecuencias son la recesión, el desempleo y la pobreza crítica e indigencia de un alto porcentaje de la población. Esta es la característica de los países subadministrados.
6. El impacto entendido como repercusión o influencia importante en el empleo, la formación y los ingresos, está por el lado de la globalización. La transformación del sistema empresarial mundial es la que los impacta.
   Pretender ver la solución de otra manera es ignorancia. Esto es lo que ocurre en los sistemas políticos de los países atrasados. Los gobernantes, los parlamentarios pretenden manejar políticamente y a nivel de microentorno, temas globales. La ignorancia es pésima consejera.

7. El empleo es dependiente e independiente. El empleo dependiente está ligado a un empleador. El Estado por definición no puede ser empleador. Las empresas que son las que requieren trabajadores, al revisar sus procesos, concentrar sus actividades en el núcleo del negocio y aplicar sofisticada tecnología, cada vez ofrecen menos posibilidades de trabajo.
   El empleo independiente o autoempleo es la alternativa. El movimiento emprendedor que no es más que la promoción del autoempleo, implica estimular la creatividad y la iniciativa para emprender negocios. Cuando los Estados se asocian a las universidades y a las empresas para propiciar este movimiento emprendedor surgen las incubadoras de empresas, como ambientes seguros para que las iniciativas de jóvenes que quieren ser empresarios, maduren y se conviertan en pequeñas o medianas empresas exitosas. Este fenómeno que está revolucionando la microeconomía de muchos países, debe ser un modelo que debe ser estimulado especialmente en los países subdesarrollados.

8. Por tanto la causa del desempleo es cultural. Primero el individuo mismo considera que el trabajo es dependiente y si no encuentra empleo dependiente se siente un desocupado y exige que alguien le resuelva su problema. No hemos educado a esa persona para que se sienta emprendedor y genere su propio empleo. No la hemos ejercitado en sus dos facultades intelectuales básicas: su creatividad y su capacidad de innovar y en asumir riesgos

como algo calculado. Segundo, la educación formal y la empresa andan divorciados. No sienten que son socios naturales. La educación formal no se siente proveedor de un producto básico que es el egresado. Por tanto no lo prepara para el trabajo. A su turno la empresa no se siente cliente del sistema educativo y no expresa sus requerimientos para que preparen al egresado en las competencias que la empresa requiere. Tercero el Estado subadministrado convive en un desorden profundo y deja de hacer lo fundamental, promover el empleo. Aparte del movimiento incubador que debería ser su prioridad, no aprovecha el enorme caudal de conocimientos y experiencias de cientos de miles de desocupados que se hacinan en las ciudades grandes donde hay mucha pobreza y no orienta proyectos empresariales donde está la riqueza natural de nuestros países, utilizando a esos desocupados talentosos como gerentes o asesores. Además con esta alternativa podría frenar la fuga de jóvenes talentos al extranjero. La ayuda internacional para esta alternativa es cuantiosa y la desaprovechamos. La barrera es cultural de que la riqueza existe y no se crea. Por esa razón nuestros ingentes recursos naturales otros los transforman, no nosotros.

9. El Estado debe reinventar la forma de gobierno. Pasar a una forma de gobierno ágil y efectiva que oriente su misión a la generación de riqueza y su visión al desarrollo de las personas y al crecimiento sostenido de las variables sociales y económicas que garanticen bienestar real al cien por ciento de la población.

10. Estamos en la era de la información y del conocimiento. Las empresas son organizaciones de conocimiento y sus personas son trabajadores de conocimiento.

La formación entendida como la aplicación del conocimiento en el trabajo es requisito indiscutible en la actividad laboral. A futuro cualquier trabajador en cualquier nivel en la organización que no domine la computación y no conozca más de un idioma Será un analfabeto laboral por tanto inempleable. Las empresas invierten en capacitación a tiempo real esto es en conocimientos y experiencias que probadamente generen valor agregado. De allí la vigencia y preferencia del coaching y del mentoring como enfoques de capacitación y consejería pragmáticos y de bajo costo.

11. Los ingresos entendidos como la contraprestación por el trabajo realizado deben verse con un enfoque distinto al tradicional. En el nuevo enfoque, la remuneración ya no es al puesto sino a la persona, en función de su aporte, de su aprendizaje, de su participación. De una remuneración fija correspondiente a un puesto fijo y rígido, a una remuneración variable ligada a un cargo amplio, genérico, flexible. En este caso el énfasis del pago está en la persona por el valor que agrega a los resultados. Pero se va más allá al vincular la remuneración a las ganancias compartidas, que tomarán la forma de gratificaciones, opciones de compra de acciones, o reparto de utilidades, etc.

    A futuro se acentuará la tendencia al pago de la remuneración por las competencias del trabajador, esto es por el resultado que producen el uso de las capacidades, los conocimientos y los comportamientos del trabajador.
    Las empresas no tradicionales necesitan nuevos niveles de esfuerzo y nuevos grados de flexibilidad de parte de sus trabajadores, por lo que buscarán nuevas e ingeniosas formas de compensar a sus colaboradores.

3.2 Recomendaciones

1. La velocidad que ha impreso la globalización al mundo es impresionante. La distancia entre países desarrollados y los subadministrados se amplía rápidamente. Si la desintegración social y hasta económica está ocurriendo en los últimos, el riesgo de la desintegración geográfica y política está latente. Es una tragedia que no se dimensiona con exactitud.
   Recomendar una reingeniería:
   Primero personal. Que cada individuo sea capaz de sacar de raíz sus viejos comportamientos y actitudes y asuma los valores proclives al desarrollo.
   Segundo del Estado. La reforma del Estado tiene que ser radical. Se tienen que revisar todos los procesos y aplicar modelos de calidad. Sólo un Estado con nuevo diseño y nuevas personas en su conducción harán posible que se acorten las distancias entre estancamiento y progreso.

2. La globalización por un lado y la cultura organizacional de los países pobres son los impactos en materia de empleo, formación e ingresos. Por tanto:
   Recomendar la generación de riqueza como prioritaria y única política de Estado. Las demás vienen por añadidura.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

William Bridges COMO CREAR NUEVAS OPORTUNIDADES DE TRABAJO Ed. Prentice-Hall Hispanoamericana. México. 1994

Comité de Redacción revista Despertar LA GLOBALIZACIÓN Las Esperanzas y los Temores Publicación de Watchtower Biblie and Tract Society of New York. Colombia. Mayo 2002

Filosofía de la Calidad Artículo HABILIDADES CLAVES PARA EL ÉXITO EN UN MUNDO CAMBIANTE Revista Calidad & Excelencia del CDI de la SNI Año 6 N° 24 Lima

Víctor García Toma ESTADO Y GOBIERNO Artículo publicado por la USMP para uso académico. Lima. 2002

Mariano Grondona Ponencia sobre la GERENCIA, FACTOR CLAVE DEL DESARROLLO ECONOMICO Y SOCIAL Primer Congreso Nacional de Gerencia. Revista Gerencia. IPAE. Volumen XV N° 133. Julio 1985. Lima
Gary Hamel y C.K. Prahalad COMPITIENDO POR EL FUTURO Documento presentado en el XII Congreso Nacional de Gerencia organizado por IPAE Lima Agosto 1996

Rodrigo Hernández Benvenuto LA INDUSTRIA DE LA INCUBACIÓN. ARTICULACIÓN DE AGENTES. CASO DE CHILE. Conferencia Seminario Taller Internacional «Incubadora de Empresas: El conocimiento como valor agregado», organizado por FOPECAL. Lima. 2003.

Edward E. Lawler III COMO RECOMPENSAR LA EXCELENCIA Grupo Editorial Norma Colombia 2001

José Lolas Miani TRABAJO: CREANDO EMPLEO EN EL PERU. Editado por Impulso Macroeconómico. Lima

Dora C. Portocarrero CUANDO EL FUTURO NO ES UNA CONTINUACIÓN DEL PRESENTE . Revista Campus del Instituto de Investigación de la FIA de la USMP. Año XI No. 14 Julio 2003. Lima.

Carlos Saavedra GESTION Y MEJORAMIENTO DE PROCESOS Ponencia presentada en la Semana de la Calidad 2003 «Excelencia: camino al éxito» Lima Octubre 2003

Federico Salvador BENCHMARKING, TODA COMPARACIÓN NO ES UNA OFENSA Revista Calidad & Excelencia Año 2 N° 11 Lima

Antonio Tadeu COMO SER MÁS COMPETITIVO Ponencia presentada en la Semana de la Calidad «Excelencia: camino al éxito» Lima Octubre 2003

Alvin Tofler LA TERCERA OLA Plaza & Janés Editores. España. 2000
Linda y Vicente Yamazaki GLOBALIZACIÓN, LA NUEVA REALIDAD Revista Calidad & Excelencia Año 2 N° 11 Lima

Relación entre el comercio internacional y las normas laborales*

Daniel Martínez
Director Regional de la OIT.

Sumario

I. La incidencia del comercio internacional sobre las normas laborales
II. La incidencia de las normas laborales sobre el comercio internacional y el crecimiento económico
III. Normas laborales y tratados de libre comercio en las Américas
IV. Resumen.

Uno de los temas que, en materia laboral, viene concitando un mayor debate desde hace aproximadamente quince años es si se debe o no establecer una relación entre comercio internacional y normas laborales. En otras palabras, si los acuerdos, bilaterales o multilaterales, de libre comercio deben incluir cláusulas que condicionen la vigencia del acuerdo al cumplimiento por parte de los Estados firmantes de ciertos compromisos en materia laboral, en especial en relación a los derechos fundamentales de los trabajadores, como son la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva, la edad mínima de ingreso al trabajo (y, por tanto, la erradicación del trabajo infantil), el derecho a la libre elección del trabajo (y, por ende, la erradicación del trabajo forzoso), así como el derecho a no ser discriminado por razones de edad, sexo, religión, condición social, o nacionalidad.

Este debate se sustenta en una preocupación y en un doble interrogante. La preocupación que algunos países desarrollados tienen es que los menos desarrollados aprovechen una legislación laboral poco exigente, los bajos salarios y las malas condiciones de trabajo para obtener ventajas comerciales o para incentivar a empresas que operan en los países del norte a que trasladen sus fábricas a países del sur ("deslocalización"). Los países en desarrollo, por su parte, temen que los más desarrollados quieran convertir el tema laboral en una especie de nueva barrera comercial. En la base de estas preocupaciones están, además del

* Ponencia presentada en el V Congreso Regional Americano de Relaciones de Trabajo, Santiago de Chile, julio de 2005.

hecho comprobado del diferente desarrollo laboral entre países desarrollados y en desarrollo, las siguientes interrogantes. Por una parte, ¿la expansión del comercio internacional ayuda o no a mejorar la legislación laboral *y* a una adecuada aplicación de la misma? Por otra, ¿las normas laborales incentivan o no el desarrollo del comercio entre países y el crecimiento económico?

En las líneas que siguen me referiré a estas dos cuestiones, para concluir con un breve análisis de los compromisos que en materia laboral se han ido incorporando en los Tratados de Libre Comercio suscritos en los últimos años por los Estados Unidos de Norteamérica con algunos países latinoamericanos.

I. LA INCIDENCIA DEL COMERCIO INTERNACIONAL SOBRE LAS NORMAS LABORALES

Como señala V. Tokman[1], «Existe un sentimiento compartido sobre la existencia de un vínculo entre las condiciones laborales y el comercio. Dicho reconocimiento obedece a que hay consenso acerca de que la expansión del comercio es un factor importante para la expansión económica y que esta última genera condiciones propicias para mejorar las condiciones de trabajo y los ingresos de los trabajadores. Esto no significa que dicho acuerdo incluye la apreciación de que ello ocurre automática *y* simétricamente...»

Sobre este particular, A. Ghose añade[2], «el único elemento realmente nuevo que la globalización ha introducido es el comercio de productos (manufacturados) competitivos entre el Norte *y* el Sur, lo que significa que ahora algunos trabajadores en el Norte compiten con algunos trabajadores del Sur. Es este nuevo tipo de competencia el que ha generado algunos nuevos problemas de ajuste en los mercados de trabajo del Norte». Este ajuste se manifiesta principalmente en la pérdida de empleos como consecuencia de, por una parte, la mayor competencia de productos importados con precios más bajos y, por otra, la "deslocalización" de empresas antes asentadas en el Norte.

En este marco, la cuestión que se plantea es la siguiente: ¿el aumento del comercio de manufacturas entre países desarrollados y países en desarrollo (es

[1] Tokman V.E. «Libre comercio *y* estándares laborales. Un vínculo en evolución». (Página 12). Trabajo presentado a la Segunda Reunión sobre Normas Laborales, BID-LATN. Buenos Aires. Junio 2003.

[2] Ghosé A. «Jobs and incomes in a globalizing world», pág.96, ILO, Geneva, 2003.

decir, en ambas direcciones) podría afectar negativamente la calidad laboral en los países desarrollados, obligándolos a «reducir» el nivel y la calidad sus normas laborales[3] para poder competir?

Para responder a esta interrogante, Ghose utiliza un ejemplo clásico en el que se asume que: a) se producen sólo dos tipos de bienes manufacturados, maquinaria y textiles, b) la producción de maquinaria es más intensiva en trabajo calificado y opera con normas laborales más elevadas que la textil, y c) estas normas son más avanzadas (o se es más exigente en materia de aplicación de las mismas) en los países desarrollados (del Norte) que en los países en desarrollo (del Sur).

Cuando se comercian ambos bienes entre el Norte y el Sur, el Norte tenderá a especializarse en la producción de maquinaria y el Sur en la textil. Ello se debe a que el Norte dispone de mano de obra más calificada y puede operar competitivamente utilizando normas laborales más exigentes que en el Sur. En consecuencia tenderá a producir aquello, maquinaria, en lo que el Sur tiene menos ventajas competitivas. En esta última región, por el contrario, abunda la mano de obra menos calificada y se opera con normas laborales más laxas (en su desarrollo o en su aplicación), por lo que la especialización se orientará hacia los textiles[4].

Debido a lo anterior, la producción, los precios y el empleo en la industria de maquinaria del Norte aumenta, mientras que lo mismo ocurre en la industria textil en el Sur. Por el contrario, la producción, los precios y el empleo caen en la industria textil en los países del Norte, al igual que en la industria de maquinaria en los países del Sur.

En este caso, ¿qué ocurre con las normas laborales en una y otra zona o región? Hay dos consecuencias. La primera es que las normas se vuelven más laxas en la industria textil, pues la producción se localiza principalmente en el Sur donde se opera con estándares laborales más bajos. La segunda es que, en el Norte, la exigencia normativa promedio se eleva, al emigrar los trabajadores del

[3] Nivel y calidad se refieren aquí a la cobertura de derechos establecida por la legislación, así como a su mayor o menor adecuación a las Normas Internacionales de Trabajo.

[4] Si una sola región, el Norte, se especializase en ambos productos, entonces no habría comercio; salvo el de productos manufacturados producidos sólo en el Norte y materias primas u otros productos no manufacturados producidos en el Sur, como era la principal característica del comercio mundial antes de la globalización.

sector textil hacia el sector productor de maquinaria, con normas laborales más exigentes y precios más altos, mientras que en el Sur mejora la calidad laboral en el sector textil, consecuencia del aumento de los precios, pero empeora la de aquellos trabajadores que deben abandonar el sector de maquinaria en busca de un empleo en el sector textil. El efecto neto del comercio sobre las normas laborales en el Sur dependerá, por tanto, de la cantidad de trabajadores que se mueven del sector de maquinaria al textil. Sin embargo, cabe pensar que, en general, la exigencia y aplicación de las normas laborales en los países del Sur también mejora.

¿Es razonable pensar que con el comercio mejoran la exigencia y aplicación de las normas laborales tanto en los países del Norte como del Sur, como sugiere el marco teórico al que se refiere el ejemplo anterior? Como el propio Ghose señala en su estudio[5], no hay evidencia ni teórica ni empírica que sustente el temor (especialmente sindical) de que el comercio de productos manufacturados entre los países desarrollados y los no desarrollados contribuye a empeorar las condiciones de los trabajadores de los primeros países. Los datos disponibles (OCDE) sugieren, más bien, todo lo contrario. De igual modo, no hay evidencia suficiente de que las condiciones de trabajo en la actividad manufacturera de los países del Sur hayan mejorado, como sugeriría la teoría. Ello parece deberse, sin embargo, no al comercio internacional en sí, sino más bien a la composición de la industria manufacturera en cada uno de los países, ya que el subsector que más habría crecido proporcionalmente es el no regulado e informal. En este último, los ingresos salariales podrían haber aumentado al igual que los del sector formal (en América Latina no ha sido ese el comportamiento del ingreso de los informales entre 1990 y 2002), pero estos trabajadores informales, precisamente por ser informales, continúan sin recibir beneficios sociales (seguridad social, principalmente) y sin derecho a ciertas condiciones de trabajo como vacaciones, atención en caso de accidentes, etc. A esto se añade que muchos procesos de fabricación se han concentrado en puestos de trabajo formales de baja calificación en los que los productores y compradores globales sumamente móviles han podido reducir costos de la mano de obra a niveles extremadamente bajos, confrontando a un país en desarrollo con otro. La expansión de la «maquila» en el sudeste asiático, en México, en Centroamérica y en el Caribe es una clara evidencia de este proceso de migración productiva en busca de bajos costos laborales y tributarios.

[5] Ghose A. Obra citada (Páginas 99 y 100).

Otra posible explicación, no excluyente de la anterior, es que los países del Sur compiten entre si para exportar bienes al Norte (en el ejemplo anterior la competencia sería para exportar textiles), para lo cual tratan de operar con los costos laborales más bajos posibles (más que de aumentar la productividad), lo que a la larga constituye un obstáculo al desarrollo de una legislación del trabajo con mayor garantía de derechos. Lo que está sucediendo en algunos países de la región de, primero, aprobar leyes laborales especiales para las microempresas, más laxas que la legislación laboral general, y después plantear que esta última debe ser reformada tomando como modelo dichas leyes especiales, es un ejemplo de la presión por bajos costos laborales que genera la competencia en un mercado que es global pero que presenta grandes diferenciales de productividad entre el Norte y el Sur.

En suma, nada indica que el comercio incida negativamente sobre el nivel, la calidad y la aplicación de las normas laborales, sino más bien que se espera que ocurra todo lo contrario, tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo. Sin embargo, no ha ocurrido así en la mayoría de los países en desarrollo. Sobre este particular, la evidencia empírica muestra que, si bien el nivel de dicha normativa no se ha elevado en los países en desarrollo, ello se debe a que los países en desarrollan compiten entre sí por bajos costos laborales y a que, al interior de estos, la propia composición del sector de manufacturas coexisten un subsector de alta productividad, ingreso y mejores condiciones de trabajo con otro subsector de baja productividad e ingreso y con malas condiciones de trabajo. Tanto el ingreso como las condiciones de trabajo están muy determinados por la productividad, pero la evolución de esta última no viene determinada por los flujos comerciales, sino más bien por políticas específicas tanto a nivel micro (de la empresa) como meso (sectorial) y macroeconómico (del conjunto de la economía)

II. LA INCIDENCIA DE LAS NORMAS LABORALES SOBRE EL COMERCIO INTERNACIONAL Y EL CRECIMIENTO ECONÓMICO[6]

Si bien no existen evidencias de que el comercio internacional incida por sí mismo negativamente en la evolución de la normativa laboral (más bien existen

[6] Este ítem se basa, parcialmente, en el documento «Los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Su valor, su viabilidad, su incidencia y su importancia como elementos de progreso económico y de justicia social». Vega Ruiz M.L. y Martínez D. OIT Ginebra, 2002.

supuestos mas o menos sustentados en sentido contrario), es pertinente preguntarse si las normas laborales inciden, positiva o negativamente, sobre el desarrollo del comercio y sobre el crecimiento económico[7]. Es decir, el hecho de que el comercio no afecta negativamente el desarrollo laboral, no necesariamente quiere decir que no exista una incidencia negativa en la dirección contraria. ¿Es ello así? Los actualmente bajos costos laborales en China, asociados a bajos niveles de protección de los trabajadores, y su incidencia sobre el comercio internacional podría constituir un argumento a favor de un posible efecto negativo del bajo nivel de desarrollo laboral de un país sobre el comercio y el crecimiento económico de terceros países. Es más, si el ejemplo de Ghose utilizado en el acápite anterior se amplía con un país más en el Sur especializado en industria textil -de manera que se tenga un país del norte especializado en la producción de maquinaria y dos del sur especializados en industria textil, uno de ellos con costos mucho más bajos que el otro- lo que puede ocurrir no es lo que señala la teoría económica, en el ejemplo ya mencionado de sólo dos países y dos bienes, sino que el país del sur con más altos costos deba «desregular» su normativa laboral al nivel del país con costos más bajos para igualarlos con los de éste y no perder competitividad. Esto es lo que están exigiendo muchos industriales textiles de Bolivia, México, Perú, Uruguay, entre otros. En ese caso, y de precederse a una menor regulación laboral, resultaría que el comercio de un país con estándares laborales más laxos sí induce un deterioro de la calidad laboral en los países que compiten con él.

Sin embargo, en lo que se refiere a la relación entre normas laborales *y* comercio en un mismo país, existen en la actualidad al menos tres diferentes posiciones analíticas. En la medida en que, según cada punto de vista, las normas influyen sobre el comportamiento de la economía, también estarán incidiendo sobre el mercado de trabajo.

La primera de esas posiciones sostiene que la aplicación de las normas laborales introduce rigideces en el funcionamiento del mercado de trabajo, lo que contribuye a elevar «excesivamente» los salarios y costos laborales y, como efecto de ello, a un aumento del desempleo. Si no existieran esas rigideces, el único desempleo que existiría sería el voluntario. Por otra parte, los salarios excesivamente

[7] Un buen análisis de los más importantes estudios sobre la relación entre normas laborales y comercio puede encontrase en «International Trade and Core Labour Standards. A Survey of the Recent Literature». OECD. Labour Market and Social Policy - Occasional Papers N° 43. Paris, 2000.

altos restan competitividad a las empresas, afectando así el desarrollo económico y, con ello, la propia potencialidad de la economía para generar empleo.

La segunda posición mantiene que la aplicación de las normas laborales no afecta negativamente ni los salarios ni el nivel de empleo, sino que más bien contribuye a la paz social y, por esta vía, a la reducción del riesgo-país, al aumento de la inversión y, por tanto, al crecimiento económico y a la generación de empleo.

La tercera posición, intermedia, defiende la aplicación de las normas laborales y el respeto de los derechos fundamentales en el trabajo, pero considera que en determinados países ello puede generar un nivel de costos laborales que las micro y pequeñas empresas no pueden financiar, contribuyendo así a un aumento de la segmentación del mercado de trabajo y a la informalidad. Para quienes defienden esta posición debería haber, por tanto, dos tipos de regulación laboral: una «más cara» para las empresas formales y sus trabajadores, otra «más barata» para los informales.

Estas tres posiciones constituyen diferentes formas de responder y argumentar frente a una única cuestión: ¿la aplicación de la normativa laboral, en general, y de los derechos fundamentales en el trabajo, en particular, afecta positiva o negativamente al crecimiento económico y a la expansión comercial en el corto y largo plazo, o no?

Sin embargo, aun cuando las diferentes posiciones suelen ser defendidas o sustentadas con argumentos más o menos técnicos y con mayores o menores evidencias empíricas, lo cierto es que estas, en muchos casos, no son ni muy evidentes ni muy empíricos. Más bien, lo primero que parece estar claro en este tema es que no hay estudios o investigaciones que den respuestas concluyentes a la cuestión planteada.

De hecho, una reciente investigación llevada a cabo por Kucera[8] concluye que no es posible demostrar que la aplicación y el respeto de los derechos fundamentales en el trabajo alienten y contribuyan al crecimiento económico y a la expansión comercial, pero tampoco lo contrario.

[8] Kucera, D. 2201. «The Effects of Worker Righrs on Labor Cost and Foreign Investment: Evaluating the Conventional Wisdom». Discussion paper number 130/2001. IILS, OIT, Ginebra.

Al mismo tiempo, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) realizó un estudio sobre el comercio y las normas internacionales del trabajo, que fue publicado en 1996. Entre otras conclusiones, este estudio básicamente llega al resultado de que no existe ventaja comercial en no respetar la libertad de asociación, y de esta forma retomaba, desde el punto de vista económico, la postura que la OIT defiende desde hace mucho tiempo en lo que respecta a los derechos laborales fundamentales. Esta primera constatación se confirma en el mismo estudio para el año 2000.

De igual modo, un reciente estudio publicado por el Banco Mundial[9] concluye que tanto la libertad sindical como la negociación colectiva, en especial la conocida como negociación colectiva articulada, no parecen constituir obstáculos al aumento de la inversión y al crecimiento económico.

De todos los estudios revisados se desprende la imposibilidad de establecer un costo neto de las normas sobre derechos fundamentales, ya que este depende de las circunstancias económicas, políticas e institucionales en que se desarrollan. No hay que olvidar que hay costos políticos e institucionales que deben ser valorados.

Reconociendo, entonces, que no hay respuestas concluyentes a la cuestión planteada, quizás debemos proceder a plantear el tema de manera diferente y, para ello, es necesario partir del reconocimiento (y de ello sí hay evidencias empíricas más que suficientes) del diferente grado de desarrollo económico, político y social de los países y de la gran heterogeneidad tecnológica y económica existente al interior de muchos de ellos. Se debe considerar, además, que el desarrollo económico, político y social van de la mano, es decir, que no hay países con un alto desarrollo social y un bajo desarrollo económico y político, o viceversa, sino que los países con un alto nivel de desarrollo económico son también los países con un alto desarrollo político y social y que, por el contrario, los países con un bajo desarrollo económico son los países que también tienen más altos déficit en materia tanto política como social.

Si ello es así, y como he señalado las evidencias son más que abundantes, entonces la cuestión o pregunta debería ser formulada de manera distinta a como

[9] Aidt T. and Tzannatos. «Unions and collective bargaining. Economic Effects in a Global Environment». World Bank. 2003.

generalmente se formula. Más que preguntarse por la incidencia económica y comercial de las normas relativas a los derechos fundamentales en el trabajo, deberíamos preguntarnos por qué los países en los que el respeto de los derechos fundamentales es mayor, tienen niveles de productividad y competitividad mayores que los demás, y por qué, por el contrario, los países en los que los derechos fundamentales en el trabajo son violados de forma casi sistemática son los mismos países que tienen más bajas productividades y menores niveles de competitividad.

Para que no se argumente que la forma en la que la interrogante se plantea establece *a priori* una causalidad no probada (a mayor - menor - respeto de los derechos fundamentales mayor - menor -nivel de desarrollo económico), la pregunta puede ser planteada sin ningún inconveniente a la inversa. Es decir, por qué los países con productividades y competitividades más altas son los mismos en los que el respeto de los derechos fundamentales en el trabajo es mayor, y por qué en otros países con bajos niveles de desarrollo económico esos derechos no se respetan o se respetan poco.

Esta misma pregunta (en cualquiera de sus formas) puede ser planteada con relación a la estructura interna de países concretos (los menos desarrollados): ¿por qué en ellos el sector rural, menos regulado laboralmente o totalmente desregulado, es el de más bajo nivel de productividad e ingreso y por qué determinados sectores de la economía urbana (también la gran minería) con mayor regulación laboral son los sectores con las productividades e ingresos más altos?

Una primera respuesta a estas interrogantes es que (y de ello también hay suficientes evidencias empíricas) el nivel de desarrollo económico (productividad, competitividad, etc.) es resultado del comportamiento de la inversión, interna y externa, a lo largo del tiempo. Los países más desarrollados son los que han tenido las más altas tasas de inversión en los últimos cien años (o treinta años en el caso del sudeste asiático, *y* ciertos países latinoamericanos medianamente desarrollados como Chile). Por el contrario, los países menos desarrollados son aquellos con menores niveles de inversión. De ello ofrecen abrumadoras evidencias la mayor parte de los países africanos y, en Latinoamérica, los centroamericanos.

Si ello es así, y las estadísticas del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial parecen confirmarlo, la pregunta, entonces, es si los derechos fundamentales en el trabajo afectan o no, y cómo, los flujos de inversión a (en) los países.

Pero al plantear esta pregunta podemos encontrarnos con las mismas respuestas que a la pregunta original: sí la afecta, y negativamente, porque esos derechos distorsionan el funcionamiento del mercado de trabajo; distorsiones que, al encarecer los salarios, desalientan la inversión; sí la *afecta,* pero positivamente, porque la paz social es una de las ventajas competitivas que se toma en cuenta como uno de los principales criterios de inversión; no la afecta, porque los inversionistas se guían por otros criterios distintos a los laborales: impuestos, estabilidad jurídica, mercado, etc.

Ahora bien, en este punto debemos preguntarnos acerca de cuáles son en realidad los criterios sobre la base de los cuales los inversionistas toman su decisión.

Las diferentes encuestas que se hacen al respecto mostraron, al menos en América Latina, que los derechos fundamentales en el trabajo, y, en general, las regulaciones laborales, no son criterios importantes para la decisión de inversión[10]. En todo caso, el único factor sociolaboral que parecerían considerar es el relativo al nivel de calificación de la mano de obra. Dicho de otra manera, las encuestas muestran que ni las regulaciones sobre derechos fundamentales en el trabajo, ni los costos de la protección social, ni la política salarial, «atraen o espantan» a los inversionistas.

¿Qué los «atrae o los espanta?». Los factores de «atracción» son, en primer lugar, la existencia o no de demanda efectiva, interna o externa, para los bienes o servicios a producir. En segundo lugar si existe estabilidad macroeconómica, en especial en materia monetaria (tasas de interés), tributaria y cambiaria. En tercer lugar si existe estabilidad jurídica, la que incluye un poder judicial autónomo, justo y expedito. En cuarto lugar, si existe mano de obra suficiente y adecuadamente calificada. En quinto lugar, aunque no menos importante que los demás factores, la existencia de una cierta cultura de diálogo, concertación y solución de conflictos en el marco de una democracia estable.

[10] Excepción hecha de la legislación laboral especial que algunos países aplican con la expresa finalidad de atraer determinado tipo de inversiones, como la «maquila» en Centroamérica y el Caribe, o las Zonas Especiales de Exportación en Colombia y otros países.

Por el contrario, los factores de «rechazo» serían, además de la inexistencia de los factores de atracción antes señalados, un clima de convulsión social y de inestabilidad política que pone en riesgo el adecuado funcionamiento de los mercados, la estabilidad jurídica, la seguridad de los ejecutivos en las empresas, etc.

Si el respeto a los derechos fundamentales en el trabajo no constituye un criterio de inversión de primer orden, ¿cuál es, entonces, su importancia? Sin duda que ésta es muy grande, pero no es sólo una importancia económica, al menos en el corto plazo, sino también una importancia social y política. Pero aún así, tampoco se debe descartar su impacto económico en el largo plazo. Creo que ese impacto es positivo, como lo demostraría la evolución económica de los países de Europa Occidental, Estados Unidos, Canadá, Australia y, en el caso de América Latina, Chile (salvo el período de gobierno militar), Costa Rica y Uruguay. Por el contrario, no hay evidencias que muestren casos de países en los que el respeto a los derechos fundamentales en el trabajo trabó el crecimiento económico en el largo plazo sumiéndolos en el subdesarrollo. Incluso países como los del sudeste asiático, hasta no hace mucho con un bajo grado de regulación laboral, vieron como, una vez restablecido el equilibrio macroeconómico tras la crisis de 1997, las inversiones regresaron, a pesar de existir entonces una mayor regulación laboral, lo que probaría la limitada importancia de ésta para las decisiones de inversión en el corto plazo.

Así, la evidencia muestra que la falta de respeto a los derechos fundamentales en el trabajo no constituye un elemento que ayude a atraer inversiones. Es decir, y visto el tema desde la negación, el inversionista no está a la búsqueda de países en los que se violen los derechos fundamentales en el trabajo para orientar hacia ahí su inversión. Si, por ejemplo, se utiliza como índice de falta de respeto a los derechos fundamentales en el trabajo el construido por los profesores de la Universidad de Amberes (Wermenbol, Cuyvers y Van den Bilcke, 1998) se observa que los países con peor índice son Corea del Norte, Kazajstán, Serbia, Uzbekistán, Vietnam, Sudán, Camboya, Malí, Pakistán, Uganda, Bangladesh, Guinea Ecuatorial, Burma, Marruecos y China. Sin embargo, si se examinan las cifras de inversión extranjera publicadas por el Fondo Monetario Internacional (FMI, 2001) se observa que son esos mismos países los que menor inversión extranjera captan, con excepción de China, lo que, en su caso, sin duda se debe al atractivo de un mercado de amplias dimensiones hasta no hace mucho cerrado a la inversión extranjera.

Por otra parte, y visto el tema desde una perspectiva positiva, el respeto a los derechos fundamentales sí parece tener importancia económica en el largo plazo. El estudio de la Universidad de Amberes y el del FMI ya citados muestran que las tasas de inversión más altas y sostenidas en el tiempo se observan en aquellos países en los que el índice de respeto a los derechos fundamentales es más alto: Países Bajos, Alemania, España, Finlandia, Francia, Noruega, Polonia, Suecia, etc.

Algo similar observaron dos estudios sobre América Latina[11], al mostrar fuertes evidencias de que, por una parte, en los países con mayor desarrollo de «derechos civiles» la participación del empleo formal es mayor y la del informal menor que en países en los que esos derechos se respetan menos y, por otra, que parece haber una asociación entre la debilidad de los sindicatos y de las instituciones democráticas, por un lado, y la desigual distribución del ingreso, por otro.

¿Cuál sería la razón que explica esta positiva incidencia que sobre el crecimiento económico tiene en el largo plazo el respeto a los derechos fundamentales en el trabajo? Los estudios existentes (aunque se trata de estudios que van «más allá» de lo laboral) sugieren que, como el caso de Chile, Costa Rica y Uruguay en América Latina, ello se debe a la estabilidad social y política que ese respeto a los derechos contribuye a generar; estabilidad que, como se señaló, constituye una condición *«sine qua non"* «para el aumento sostenido de los flujos de inversión.

Es por ello que, como el Director General de la OIT, Juan Somavía, ha señalado reiteradamente *(Reducir el déficit de trabajo decente,* 2001), es necesario y urgente incorporar los objetivos sociales, y en especial los laborales, a la política económica propiamente dicha. Hay en la actualidad un debate sobre si los gobiernos deberían dar prioridad al crecimiento económico dirigido por el mercado y posteriormente tratar de abordar las consecuencias sociales de esa opción, o si, por el contrario, la política económica debe diseñarse y aplicarse considerando un marco social de derechos, participación, diálogo y protección. Muchos alegan que hay soluciones de compromiso entre la calidad y la cantidad de empleo, y entre el gasto social y la inversión, y que la reglamentación proteccionista socavaría la flexibilidad y la productividad empresariales. Ahora bien, como se ha señalado, el

[11] Galli R. and Kuccra D. «Informal Employment in Latín America: Movements over Business Cycles and the Effects of Worker Rights». U,O. Discussion Paper 2003 , Robinson J. «Where Does Inequality Come From?. Ideas and Implications for Latin America». OECD. Development Center, París 2001

respeto a los derechos fundamentales, en la medida en que en el largo plazo induce a aumentos sostenidos de la productividad, constituye una estrategia óptima para lograr una mayor competitividad empresarial y el éxito de la propia política económica.

III. NORMAS LABORALES Y TRATADOS DE LIBRE COMERCIO EN LAS AMERICAS

Si bien todo indica que existe una relación positiva entre comercio internacional y normas laborales, y viceversa, también es cierto que no existen evidencias empíricas concluyentes. Sin embargo, algunos Tratados de Libre Comercio (TLCs) sí han establecido esa relación. Se trata de los Tratados suscritos en los últimos años entre los Estados Unidos de Norteamérica, por una parte, y terceros países, por otra, como es el caso de Chile, los países centroamericanos, Jordania, Camboya, Marruecos, etc.

Estos Tratados avanzan en una ruta que, como se sabe, quedó cortada a fines de los años noventa, en el siglo pasado, cuando el debate abierto en la OIT sobre el vínculo entre comercio y normas laborales concluyó con el acuerdo, con la opinión en contra de unos pocos países desarrollados, de que no cabía establecer vínculo alguno.

Estos TLC entre los Estados Unidos y otros países, o grupos de países como es el caso del CAFTA en Centroamérica, establecen, básicamente el compromiso de los Estados Parte de contar con una legislación laboral que, por una parte, establezca claramente la obligación de respetar los derechos fundamentales de los trabajadores y, por otra, que esa legislación no se deje de aplicar con el objetivo de lograr, por esa vía, ventajas comerciales. Adicionalmente a este doble compromiso básico, los TLC establecen sanciones económicas, limitadas en su monto, en caso de que se viole de manera sistemática alguno de esos compromisos.

Un aspecto de estos compromisos sobre el que se ha escrito mucho es que los derechos fundamentales en el trabajo reconocidos por los TLCs firmados por USA no se corresponden exactamente con los establecidos en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT, de 1998. En los Tratados se excluye a la no discriminación como un derecho fundamental, y sí se considera como tal al salario mínimo, a la duración de la jornada laboral y a la seguridad y salud en el trabajo.

Si bien se puede entender que estos tres últimos sean considerados como derechos fundamentales en la medida en que con ello el gobierno de los Estados Unidos quiere evitar que algún otro país o una empresa pueda recurrir a la explotación salarial del trabajador o a establecer inaceptables condiciones de trabajo como una forma de ganar competitividad en los mercados internacionales, no queda claro cual es el motivo para excluir del conjunto de derechos fundamentales a la no discriminación. Algunos analistas señalan que ello se debe a un defecto de forma del Acta de comercio aprobada por el Congreso de los Estados Unidos, mientras que otros consideran que se debe al temor de que el reconocimiento explícito de este derecho podría colisionar con las políticas que algunos Estados o el propio Gobierno federal aplican o podrían aplicar para controlar la emigración ilegal de trabajadores a los Estados Unidos. Sin embargo, la consideración de la no discriminación en el trabajo como un derecho fundamental sí queda establecida, al menos indirectamente, en los artículos del Tratado en los que los Estados firmante se comprometen a respetar la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo del año 1998.

Por todo ello, es obvio que los TLCs con los Estados Unidos ayudan a promover el respeto de los derechos fundamentales en el trabajo en los países signatarios del Tratado. ¿Porqué, entonces, estos Tratados encuentran tanta oposición por parte de las organizaciones sindicales y, en lo que específicamente se refiere al capítulo laboral, tan poco entusiasmo por parte de los empleadores?

En el caso de los trabajadores, la argumentación en contra de los TLCs que he tenido oportunidad de escuchar en diferentes foros y congresos sindicales, es, más o menos, la siguiente: independientemente de lo que en materia de derechos establezca la legislación laboral de los países latinoamericanos, la realidad es que, por una parte, esos derechos no se respetan en la práctica, salvo excepciones, y que, por otra, los bajos niveles de salarios y las malas condiciones de trabajo no van a mejorar por efectos del TLC ya que son precisamente esos bajos salarios y condiciones de trabajo lo que buscarían las empresas para hacer sus inversiones acogiéndose a los beneficios que establece el Tratado. Es decir, para los sindicatos latinoamericanos el Tratado no sólo no mejora la mala situación de los trabajadores, sino que, más bien, la consolida, y, para los sindicatos norteamericanos, el Tratado afectará el empleo en su país por la deslocalización de empresas que emigran a América Latina en busca de menores salarios y condiciones de trabajo más lasas. En suma, para los trabajadores el rechazo a los TLC no se debe

respeto a los derechos fundamentales, en la medida en que en el largo plazo induce a aumentos sostenidos de la productividad, constituye una estrategia óptima para lograr una mayor competitividad empresarial y el éxito de la propia política económica.

III. NORMAS LABORALES Y TRATADOS DE LIBRE COMERCIO EN LAS AMERICAS

Si bien todo indica que existe una relación positiva entre comercio internacional y normas laborales, y viceversa, también es cierto que no existen evidencias empíricas concluyentes. Sin embargo, algunos Tratados de Libre Comercio (TLCs) sí han establecido esa relación. Se trata de los Tratados suscritos en los últimos años entre los Estados Unidos de Norteamérica, por una parte, y terceros países, por otra, como es el caso de Chile, los países centroamericanos, Jordania, Camboya, Marruecos, etc.

Estos Tratados avanzan en una ruta que, como se sabe, quedó cortada a fines de los años noventa, en el siglo pasado, cuando el debate abierto en la OIT sobre el vínculo entre comercio y normas laborales concluyó con el acuerdo, con la opinión en contra de unos pocos países desarrollados, de que no cabía establecer vínculo alguno.

Estos TLC entre los Estados Unidos y otros países, o grupos de países como es el caso del CAFTA en Centroamérica, establecen, básicamente el compromiso de los Estados Parte de contar con una legislación laboral que, por una parte, establezca claramente la obligación de respetar los derechos fundamentales de los trabajadores y, por otra, que esa legislación no se deje de aplicar con el objetivo de lograr, por esa vía, ventajas comerciales. Adicionalmente a este doble compromiso básico, los TLC establecen sanciones económicas, limitadas en su monto, en caso de que se viole de manera sistemática alguno de esos compromisos.

Un aspecto de estos compromisos sobre el que se ha escrito mucho es que los derechos fundamentales en el trabajo reconocidos por los TLCs firmados por USA no se corresponden exactamente con los establecidos en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT, de 1998. En los Tratados se excluye a la no discriminación como un derecho fundamental, y sí se considera como tal al salario mínimo, a la duración de la jornada laboral y a la seguridad y salud en el trabajo.

Si bien se puede entender que estos tres últimos sean considerados como derechos fundamentales en la medida en que con ello el gobierno de los Estados Unidos quiere evitar que algún otro país o una empresa pueda recurrir a la explotación salarial del trabajador o a establecer inaceptables condiciones de trabajo como una forma de ganar competitividad en los mercados internacionales, no queda claro cual es el motivo para excluir del conjunto de derechos fundamentales a la no discriminación. Algunos analistas señalan que ello se debe a un defecto de forma del Acta de comercio aprobada por el Congreso de los Estados Unidos, mientras que otros consideran que se debe al temor de que el reconocimiento explícito de este derecho podría colisionar con las políticas que algunos Estados o el propio Gobierno federal aplican o podrían aplicar para controlar la emigración ilegal de trabajadores a los Estados Unidos. Sin embargo, la consideración de la no discriminación en el trabajo como un derecho fundamental sí queda establecida, al menos indirectamente, en los artículos del Tratado en los que los Estados firmante se comprometen a respetar la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo del año 1998.

Por todo ello, es obvio que los TLCs con los Estados Unidos ayudan a promover el respeto de los derechos fundamentales en el trabajo en los países signatarios del Tratado. ¿Porqué, entonces, estos Tratados encuentran tanta oposición por parte de las organizaciones sindicales y, en lo que específicamente se refiere al capítulo laboral, tan poco entusiasmo por parte de los empleadores?

En el caso de los trabajadores, la argumentación en contra de los TLCs que he tenido oportunidad de escuchar en diferentes foros y congresos sindicales, es, más o menos, la siguiente: independientemente de lo que en materia de derechos establezca la legislación laboral de los países latinoamericanos, la realidad es que, por una parte, esos derechos no se respetan en la práctica, salvo excepciones, y que, por otra, los bajos niveles de salarios y las malas condiciones de trabajo no van a mejorar por efectos del TLC ya que son precisamente esos bajos salarios y condiciones de trabajo lo que buscarían las empresas para hacer sus inversiones acogiéndose a los beneficios que establece el Tratado. Es decir, para los sindicatos latinoamericanos el Tratado no sólo no mejora la mala situación de los trabajadores, sino que, más bien, la consolida, y, para los sindicatos norteamericanos, el Tratado afectará el empleo en su país por la deslocalización de empresas que emigran a América Latina en busca de menores salarios y condiciones de trabajo más lasas. En suma, para los trabajadores el rechazo a los TLC no se debe

entender como un cuestionamiento de los compromisos en materia de derechos fundamentales en el trabajo, sino más bien como un rechazo a que el Tratado se convierta en un instrumento para convertir la precariedad laboral de la mayor parte de los países de la región en una ventaja competitiva, o para, en el caso de los Estados Unidos, para promover la deslocalización de empresas, con la consiguiente pérdida de empleos.

La relativa falta de entusiasmo de los empleadores por las cláusulas laborales en los TLCs se basa, obviamente, en motivos distintos a los de los trabajadores. Básicamente, la duda de los empleadores es la siguiente: Si en el TLC se estable el compromiso de que los Estados Parte se doten de una legislación que garantice derechos fundamentales en el trabajo, ¿ese compromiso podría llevar a los trabajadores a presionar al Gobierno, y al Parlamento, para futuras modificaciones de la legislación en materia de derechos una vez firmado el Tratado? Dicho de otra manera: ¿De qué legislación se trata, de la existente al momento de la firma del TLC o de la legislación que posteriormente pueda ser modificada? De igual forma, ¿Cuál es el ámbito o la cobertura de los derechos?, ¿el que establece la legislación original o el que pueda ser desarrollado y ampliado en modificaciones legislativas posteriores? Obviamente, el motivo de preocupación de los empleadores no son los derechos en sí, sino más bien temas más concretos relacionados con ellos como, por ejemplo, la definición del derecho de huelga, las causales y modalidades de la misma, etc. Lo mismo podría decirse de la negociación colectiva. No se trata de que cuestionen el derecho de negociación en si, sino de aspectos específicos como quien negocia, qué ocurre si no hay acuerdo, cual es el ámbito de la negociación que establece la ley, si la empresa o el sector o rama de actividad, etc.

Otro aspecto que constituye motivo de cierta preocupación tanto para trabajadores como para empleadores es el de los mecanismos de control del cumplimiento de lo establecido en el Tratado. ¿Qué institución es la responsable de ese monitoreo o control y cual es el grado de participación en ese proceso de las organizaciones de trabajadores y de empleadores? En algunos casos se trata de una empresa privada seleccionada mediante licitación pública, en otros es el propio Ministerio de Trabajo de cada país, en otros es una secretaría especialmente creada para tales efectos y, finalmente, en otros es la propia OIT. En cualquiera de estas modalidades, la participación de trabajadores y empleadores no es, hasta donde yo, conozco ni significativa ni reglada.

IV. RESUMEN

De lo hasta aquí señalado se desprende que, si bien la teoría sobre el comercio internacional apunta a que este puede contribuir a una mejoría del nivel y grado de aplicación de las normas laborales, en especial las referidas a derechos fundamentales, y que estas no constituyen un obstáculo a la expansión del comercio, las evidencias empíricas de que ello sea así no son aún ni suficientes ni concluyentes. La competencia por bajaos costos laborales entre los países en desarrollo y la heterogeneidad, tanto productiva como del mercado de trabajo, de estos países hacen que los efectos laborales estimados por la teoría económica se vean afectados por un conjunto de variables que no suelen ser tomadas en cuenta por dicha teoría.

Por otra parte, los recientes TLCs firmados entre los Estados Unidos y algunos países en desarrollo sí establecen ese vínculo entre comercio y normas laborales. Sin embargo, si bien nadie se opone a compromisos en materia de respeto a los Derechos Fundamentales en el trabajo, tanto por parte de trabajadores como de empleadores existe preocupación (en el caso de los primeros rechazo) bien sea sobre el contexto general de los Tratados (los trabajadores) bien sobre los efectos que los mismos tendrán sobre la legislación laboral de los países con posterioridad a la firma de esos Tratados (los empleadores).

Finalmente, uno de los puntos más débiles del contenido laboral de estos Tratados pareciera ser el del seguimiento y control de la aplicación de los compromisos laborales establecidos en los mismos, así como de la participación de los actores sociales en ese proceso.

«El proceso de integración de la Comunidad Andina de Naciones y los derechos laborales»*

Leopoldo Gamarra Vílchez

Abogado, Magister en Economía y Relaciones Laborales, profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima- Perú, miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, miembro de la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo, autor de libros especializados en materia laboral, ensayos en revistas académicas y artículos periodísticos.

Sumario

I.Introducción. II. La globalización y las cláusulas sociales. 2.1. La globalización de la economía. 2.2. Los bloques de integración regional. 2.3. Las cláusulas sociales y la cuestión social. III.El proceso de integración de la Comunidad Andina y participación de los trabajadores. 3.1.El camino recorrido. 3.2.La participación de los trabajadores. IV.Los derechos laborales en la Comunidad Andina. 4.1.Nueva realidad y reforma laboral. 4.2.Instrumentos jurídicos laborales. V. A manera de conclusión.

El objetivo del presente trabajo, es mostrar los derechos laborales en el nuevo entorno económico, social y político del proceso de integración de la Comunidad Andina de Naciones. Se empezará analizando el problema de la globalización en un nuevo orden que se presenta a partir de la década de los 80 y específicamente cómo aparecen las cláusulas sociales en el contexto de nuevos proyectos económicos. Luego abordamos el proceso de integración de la CAN, el camino recorri-

* Ponencia presentada en el V Congreso Regional Americano de Relaciones de Trabajo, Santiago de Chile, julio de 2005

do por su institucionalización y cómo se presentan los instrumentos jurídicos que regulan los aspectos económicos y sociales en el plano laboral. Finalmente, terminar el trabajo, estudiando los derechos laborales en la CAN, reconociendo la nueva realidad laboral y explicando el funcionamiento de los instrumentos jurídicos básicos.

I. INTRODUCCIÓN

Mi agradecimiento especial al doctor Emilio Morgado, presidente del Quinto Congreso Regional Americano, por la invitación para participar en este evento académico, que estoy seguro permitirá elevar el nivel de reflexión sobre el significado del Derecho Laboral y tenderá a mejorar las relaciones de trabajo en un mundo competitivo. El objeto de esta ponencia "El proceso de integración de la Comunidad Andina y los derechos laborales" intenta mostrar el proceso de integración de la Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN) con relación a los derechos laborales.

Como sabemos, el tema es muy importante y de gran interés en estos años, puesto que los procesos de integración en el mundo han sido muy intensos, en Europa y América Latina se han desarrollado abundantes normas jurídicas que están siendo incorporadas al derecho nacional de los Estados miembros. Estos procesos, producen efectos sobre determinados aspectos del sistema laboral de cada país integrante de la comunidad respectiva, lo cual obviamente, introduce nuevos elementos que tienden a modificar o conservar la situación imperante. La Comunidad Andina es una realidad de más de cien millones de personas, cuyo objetivo inicial consiste en fomentar la aceleración de la integración subregional del continente sudamericano.

Por ello, vamos a partir analizando el problema de la globalización en un nuevo orden que se presenta a partir de la década de los 80 y específicamente cómo aparecen las cláusulas sociales en el contexto de nuevos proyectos económicos. Luego abordamos el proceso de integración de la CAN, el camino recorrido por su institucionalización y cómo se presentan los instrumentos jurídicos que regulan los aspectos económicos y sociales en el plano laboral.

Terminaremos la ponencia, estudiando los derechos laborales en la CAN, reconociendo la nueva realidad laboral y explicando el funcionamiento de los instru-

mentos jurídicos básicos. Nuestras conclusiones, al final, nos permiten enfatizar en torno a un conjunto de propuestas que se encuentran en la perspectiva de avanzar en el desarrollo social e integrador, que tenga como perspectiva la consolidación de ese gran pensamiento bolivariano "nuestra Patria es América". Es decir, la Comunidad Andina puede jugar un papel fundamental en el proceso de consolidación de la integración americana.

II. LA GLOBALIZACIÓN Y LAS CLÁUSULAS SOCIALES

2.1. La globalización de la economía

Las últimas décadas se muestran diferentes de las anteriores en tantos sentidos, que los esquemas hasta entonces desarrollados para analizar los cambios ya no son válidos sin una minuciosa revisión. En primer término, sorprende el restablecimiento de economías de mercado en casi todos los países que antes se regían, en el cauto lenguaje de las organizaciones internacionales, por «economías centralmente planificadas». En segundo término, el más importante, el contenido de ese cambio: el abandono de las ideas que le habían dado origen, en especial las pretensiones de mayor igualdad, así como toda sugerencia de que el Estado desarrollase políticas redistributivas. Ahora, el nuevo paradigma es el mercado y la competencia. Y el mercado por cierto que ha cambiado.

Uno de los puntos más sensibles de ese cambio, es el que se refiere a los bloques de integración regional superando objetivos estrictamente nacionales. En los países sólo se aplicaban la ley nacional y las decisiones políticas y jurídicas que estaban exclusivamente a cargo de las autoridades legislativas, ejecutivas o judiciales del propio país. Y esas decisiones tenían amplia influencia en la economía: Por medio de políticas aduaneras, barreras, recargos, retenciones, exenciones, subsidios o devaluaciones monetarias, cada país podía restringir las importaciones, estimular las exportaciones y, en suma, disponer de su mercado interno del modo que, con acierto o error, entendiese más conveniente a su economía.

Actualmente, esa facultad de los Estados no se ha perdido por completo, pero se halla sujeta a condiciones que disminuyen crecientemente su eficacia. Las naciones dependen del crédito externo, lo que da lugar en muchos casos a que los organismos económicos internacionales impongan políticas uniformes con cierta

independencia de la opinión pública interna[1]. Las empresas han excedido las fronteras, de modo que una parte sustancial del comercio internacional se verifica entre filiales locales de una misma empresa matriz. El valor de las monedas nacionales es estrechamente vigilado a fin de mantener la seguridad de las transacciones. Los Estados tienden a agruparse en mercados comunes a fin de aprovechar mejor su poder sobre las economías internas, pero, por encima de las ventajas que todavía puedan encontrarse en este manejo, el mundo entero se convierte paulatinamente en un mercado común, en el que el tránsito de mercancías (todavía no de personas) es relativamente libre[2]. Este es el fenómeno que ahora se denomina globalización de la economía[3].

En América Latina, el Estado creció durante décadas y pasó del terreno de la producción de servicios al plano de la inversión productiva, a través de impuestos y deuda pública, que se constituyeron en profundas limitaciones estructurales. El pago de la deuda externa profundizó la crisis y aceleró el desgaste del Estado protector. Entonces, se responsabilizó a la intervención estatal de la espiral inflacionaria y de la baja productividad, por lo que se propuso la contracción del Estado en la economía y el desmantelamiento de las políticas sociales.

En términos generales, se argumenta que el Estado genera gastos improductivos y se plantea retornar al Estado garante del libre mercado. Se sostiene que, en la medida que el Estado se haga a un lado, funcionará la economía; se «propone la universalización de las leyes económicas, la exigencia de la internacionalización de las economías para la modernización, de las sociedades...» [4] y el mercado como articulador de la vida social, la estabilidad monetaria y de los precios.

[1] La crisis económica surgida de los años 70 y acentuada en los años 80, como señala Jean Bunel, "hizo doblar las campanas de las políticas keynesianas" (Jean Bunel, el sindicalismo sometido a prueba de la flexibilidad, en Fernando Valdés Dal-Ré, Sindicalismo y cambios sociales, Madrid, Consejo Económico y Social, 1994, pág.39

[2] Al respecto ver el interesante documento del grupo del trabajo de la OIT sobre dimensiones sociales de la liberación del comercio internacional: Las Dimensiones Sociales de la Liberalización del Comercio Internacional, Ginebra noviembre 1994.

[3] El empleo en el mundo, Informe de la OIT, pág 5-29.

[4] Oscar Ugarteche, El falso dilema, América Latina en la economía global, Lima: Fundación Friedrich Ebert». 1997, pág. 20.

Es pertinente hablar de la globalización como de un nuevo estadio del capitalismo, siendo uno de sus rasgos más destacados el relevante papel que han adquirido las corporaciones multinacionales. Estas constituyen la base de la estructura de la economía mundial, son depositarias de resortes fundamentales para su control (la investigación y la tecnología) y concentran gran parte del poder real que rige los destinos del planeta[5].

El peso de las transnacionales está fuera de discusión y es aplastante en cuanto a su relación con la producción, las inversiones y el comercio mundial, si bien por el vertiginoso proceso de fusiones, alianzas y absorciones que está teniendo lugar en todos los sectores a escala mundial –bancos, seguros, comunicaciones, informática, automóvil, industria, química, farmacéutica, energía, aeronáutica– realmente nada escapa a este proceso de concentración. Las cifras quedan rápidamente obsoletas y las que reflejaban la realidad de ayer parecen irrelevantes hoy.

Pero la importancia de las multinacionales rebasa con creces los aspectos cuantitativos derivados de su actividad y de la mayor o menor penetración de sus mercancías en los mercados internacionales. Tienen gran influencia en las relaciones económicas y políticas internacionales. Han desempeñado un papel decisivo en el proceso de integración europea y en los que tienen lugar en otras partes del mundo, como también en la crisis económica de algunos países[6]. Asimismo, concentran la investigación y la inmensa mayoría de los avances tecnológicos y es evidente también, que tratan de impedir que los gobiernos puedan realizar cualquier política social contradictoria con las exigencias del mercado.

Esta transformación del Estado se expresa con claridad, en cuanto a los derechos sociales como los laborales, a través de la política social entendida como «la resultante de las relaciones que históricamente se establecen en el desarrollo de las contradicciones entre capital y trabajo, mediadas por la intervención estatal [7].

[5] Ulrich Beck, La sociedad del riesgo, Barcelona, Paidos,1998.

[6] Como el caso de la Argentina. Al respecto ver Bernardo Kosacoff y Gabriel Bezchinsky, Nuevas Estrategias de las Empresas Transnacionales en la Argentina, en la Revista de la CEPAL, Nro. 52, abril 1994.

[7] Ver el libro colectivo Estado y Políticas Sociales en América Latina, Sonia F'leury Teixeira (organizadora), Ed. Mcruz-ENSP-Universidad Autónoma Xochimilco, 1992. También el libro de Carlos M. Vilas (Coord.) Estado y políticas sociales después del ajuste debates y alternativa México. Universidad Nacional Autónoma.

Además, se busca la reducción de la intervención del Estado en cuanto se refiere a la producción de normas protectoras de los derechos de los trabajadores[8].

2.2. Los bloques de integración regional

En el marco de la globalización de la economía, de la liberación de los mercados nacionales y del dinamismo de antiguas alianzas estratégicas, los países de distintas regiones, en diferentes momentos, decidieron fortalecer los esquemas de integración existentes. Así tenemos, el bloque asiático, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCN) integrado por Canadá, Estados Unidos de Norteamérica y México, para vender y comprar productos en la región, con etapas acordadas para promover el empleo y reconocer normas laborales fundamentales, y eliminar los permisos, las cuotas, las licencias y, particularmente, las tarifas y aranceles; el Mercado Común Centroamericano integrado por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá [9].

La Unión Europea (UE), creada por el Tratado de Roma y consolidada por el Tratado de Maastricht el 7 de febrero de 1992 es una asociación de Estados con un conjunto de órganos dotados del poder de dar reglas de Derecho comunes a todos los Estados miembros, de aplicación obligatoria a sus ciudadanos y a ellos mismos. Propiamente es un gran mercado que se manifiesta en la libre circulación de mercaderías, capitales y trabajadores provenientes de los Estados que lo componen, los que, por lo tanto, se hallan obligados a dejarlos entrar en sus territorios sin someterlos a restricciones distintas de las que crean para sus propias mercaderías, capitales y trabajadores. Incluso, en la actualidad se encuentran efectuando a referéndum la existencia de una Carta Constitucional única, con resultados no muy positivos.

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) es actualmente un mecanismo de integración económica entre países (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay), desde marzo de 1991 ha ido ganando espacio político y económico en América Latina en

[8] Al respecto ver el libro de Antonio Martín Artiles, Flexibilidad y relaciones laborales, Madrid: Consejo Económico y Social, 1995.

[9] En general en América Latina cuando se habla de integración, realmente estamos refiriéndonos a una reintegración de una unidad perdida; movimientos fronterizos de la población» (Marmora citado por Hugo Barreto Ghione en su artículo «Libre circulación de trabajadores en el MERCOSUR: la discusión histórica Y las propuestas actuales» en la Revista Trabajo y Seguridad Social, Edial, junio 1998, pág. 140-156).

general y en el Cono Sur específicamente. Como señala Rodolfo Capón Filas «la integración regional del MERCOSUR es un modo inteligente de responder a la globalización...»[10].

La Comunidad Andina, integrada actualmente por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, a la fecha, representa 1.5 veces el territorio de la UE y el 40% del de América Latina y su población equivale a la tercera parte de la población de la UE y a una cuarta parte de la latinoamericana. En su IV Reunión celebrada en La Paz el 29 de noviembre de 1990, acordó las acciones necesarias para profundizar la integración con miras a la configuración del mercado común. Entre dichas acciones están las siguientes: adelantar los plazos para la configuración de la Zona de Libre Comercio así como para la definición del Arancel Externo Común, armonizar progresivamente las políticas económicas, liberalizar en forma gradual la circulación de capitales, personas y servicios, integración física y fronteriza. Y en su VIII Reunión, celebrada en la ciudad de Trujillo (Perú) los días 9 y 10 de marzo de 1996, los mandatarios aprobaron el Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Cartagena, por medio del cual crearon la Comunidad Andina[11].

En las Constituciones de los países miembros de la CAN se tienen normas referentes a la integración: la Constitución de Colombia, en su artículo 227, reconoce expresamente la competencia del Parlamento Andino y el Parlamento Latinoamericano y todo organismo que crea en virtud de un Tratado. Además, específicamente se refiere a la integración latinoamericana[12]. La Constitución de Venezuela establece favorecer la integración latinoamericana[13]. Asimismo, el Perú supedita la interpretación de las normas a los instrumentos internacionales vigentes[14].

---

[10] Rodolfo Capón Filas, Integración y Derecho del Trabajo, Ed. Trabajo y utopía, Buenos Aires, Junio 1998, pág. 42.

[11] Si bien es cierto que la CAN no tenía el vigor del MERCOSUR, no debe dejar de reconocerse que en los últimos años se ha renovado su fuerza institucional.

[12] "La política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe" (Art. 9 de la Constitución colombiana).

[13] "La República favorecerá la integración económica latinoamericana" (Art. 108 de la Constitución de Venezuela).

[14] "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales..." (Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución peruana).

En esa perspectiva, en la XII reunión de viceministros y expertos del Trabajo de la Comunidad Andina, llevada a cabo en agosto del 2004, se indicó que entre los principales objetivos del Consejo de la Comunidad Andina están la reglamentación de los instrumentos andinos sobre Seguridad Social, Migración Laboral y Seguridad y Salud en el Trabajo, la elaboración de un nuevo instrumento referido a la formación profesional y las coordinaciones para la realización de la Conferencia Andina sobre el Empleo.

También confluyen en la misma perspectiva, la Decisión 553 de la Comunidad Andina[15], que precisa entre sus objetivos la necesidad de "(a) Complementar con acciones comunitarias los planes y programas nacionales de seguridad alimentaria, lucha contra la pobreza, desigualdad y exclusión social, y mejoramiento de las condiciones de vida de la población y (f) Potenciar los efectos positivos sobre el desarrollo social derivados de la integración económica y comercial, particularmente a través de la generación de empleo".

Esas experiencias han demostrado que buscan fundamentalmente la integración económica que se realiza a través de Tratados o Acuerdos multilaterales de una región. Toda integración, es un proceso de largo plazo y, como tal, sus efectos deben medirse en el tiempo y siempre contrastándolos con los objetivos generales del propio proceso y de la forma en que los Estados miembros enfrentan su inserción en la economía internacional. Esto último es de la mayor importancia para evaluar los logros sobre el reconocimiento de los derechos laborales como parte de los derechos sociales.

2.3. LAS CLÁUSULAS SOCIALES Y LA CUESTIÓN SOCIAL

En las experiencias mencionadas de integración regional, existía la preeminencia de lo económico sobre lo social, en la que inicialmente éste era simplemente un instrumento para alcanzar los fines del mercado común. Ello originó una seria contradicción: la cuestión social expresada en la marginalidad y exclusión de las mayorías, y reflejando desequilibrios, que tienen como elemento agravante justamente los procesos de apertura implementados en diferentes regiones. En ese sentido, la cuestión social, en la actualidad, tiene un contenido mucho más

[15] Decisión 553. Lineamientos para la formulación del Plan Integrado de Desarrollo Social, CAN, Colombia, 2003.

amplio que su marco conceptual y nos recuerda los años de 1800[16], en donde la desigualdad social atravesaba a la sociedad en su conjunto, como señala Ricardo Guibourg, «desigualdad de siempre"[17].

En medio de esas dificultades y contradicciones, los trabajadores han destinado invalorables esfuerzos para que el tema de los derechos laborales se discuta y forme parte de los Tratados de Integración Regional. Como sabemos, para los trabajadores la integración representa un valor que es parte de su propia aspiración histórica como organización a fin de cimentar la solidaridad. Esto quedó diáfana y definitivamente plasmado en el llamado del Manifiesto de 1848 «proletarios de todos los países, unidos».

De esta forma, las centrales sindicales de los países miembros de un bloque determinado, se ven obligados a actuar con una perspectiva de carácter regional, superando las diferencias en que la propia integración los coloca como contradicción al interior de cada movimiento sindical[18]. Así tenemos el trabajo activo de la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), la Confederación Europea de Sindicatos (CES) y la Coordinadora de Centrales Sindicales del Cono Sur (CCSCS) que buscan garantizar la participación de los trabajadores en la UE y MERCOSUR respectivamente.[19]

En 1989, el entonces Consejo Europeo adoptó la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales que constituye un verdadero Código básico en

[16] Como respuesta a la cuestión social en esos años tenemos: la ley obrera aprobada por el Parlamento Británico en 1802, la primera «marcha de hambre» en Londres en 1817, la protesta de 80,000 trabajadores en Peterloo (Inglaterra) y luego la masacre a los participantes en 1819, la sistematización de las reivindicaciones de los trabajadores en el manifiesto comunista en 1848, el reconocimiento de los seguros sociales (con el Gobierno de Bismarck) en 1883, y la posición de la Iglesia con la Encíclica Rerum Novarum en 1891, etc.

[17] Ricardo A. Guibourg, Silvia Garzini, Beatriz Ragusa y Liliana Rodríguez Fernández, «La cuestión social», en la Revista Trabajo y Seguridad Social, Edial, noviembre 1997, pág. 7.

[18] Es posible, como señala Rodolfo Capón Filas, «desde el Derecho del Trabajo mucho se puede realizar para que este regionalismo abierto sirva al hombre. Para ello la conducta transformadora ha de buscar los siguientes objetivos: 1. Aplicación de la norma más favorable cuando el trabajo es realizado en un país distinto al de la contratación laboral, 2. Sanción del régimen del trabajo en el sector informal, 3. La normativa laboral. 4. Sanción de la Carta Social, 5. Sanción del Estatuto del Trabajador Migrante, 6 Sanción del Código de Conducta de las Empresas Trans/Nacionales, 7. Celebración de convenios colectivos trans/nacionales. 8. Participación de los trabajadores en las decisiones de las empresas, 9 Realización de medidas de fuerza transnacionales» (Ob. cit., pág. 42).

[19] XV Congreso Continental CIOSL – ORIT, Documento base, Washington.

materia de derechos laborales para todos los países miembros de la UE[20] . En marzo de 1995, los dirigentes de 115 países se reunieron en Copenhague para celebrar la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre el desarrollo Social conocida como la «Cumbre Social». En este evento, por primera vez, se reunieron para discutir los problemas sociales y llegaron a la conclusión que «la economía global tiene que tener una dimensión social[21]. En la Cumbre sobre el empleo, se reconoció el tema bajo la denominación de «cláusula social» como «restricciones comerciales, a los países que contravengan ciertas normas o derechos laborales básicos, en el comercio internacional».

De esta manera se puede vincular los derechos básicos de los trabajadores con la liberalización del comercio mediante una cláusula sobre los derechos de los trabajadores («Cláusula Social»), que "establezcan penalizaciones, bajo la forma de restricciones comerciales, a los países que contravengan ciertas normas o derechos básicos"[22]. Estas normas laborales se centran en una reducida lista de derechos fundamentales en el trabajo, previstos para evitar la represión, la discriminación, el trabajo infantil y el trabajo forzoso. Se trata de derechos básicos que todos los países, sin tener en cuenta su nivel de desarrollo, deben cumplir como exigencia mínima de democracia y respeto a los derechos humanos[23].

Fueron los trabajadores organizados los que determinaron finalmente la vigencia de las cláusulas sociales en los Tratados de Integración en cuanto reconocimiento de sus derechos básicos en materia de derechos individuales como también los relativos a la libertad sindical y negociación colectiva, la abolición del trabajo forzoso, la no-discriminación en el empleo, la erradicación del trabajo in-

[20] Se trata de 12 derechos básicos: a trabajar en el país comunitario que se elija, a una justa remuneración, a mejores condiciones de vida y trabajo, a la protección social, a la libertad de asociación y negociación colectiva, a la formación profesional, a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, a la información y participación de los trabajadores, a la protección de la seguridad y salud en el trabajo, a la protección de los niños y adolescentes, a la garantía de un nivel de vida mínimo para las personas de edad avanzada, y a una mejor integración social y profesional de los minusválidos.

[21] Esto representó un respaldo internacional a la Carta de La Habana: Hace 50 años la ONU aprobó el proyecto de una nueva institución conocida como la Organización Internacional del Comercio (OIC), llamada posteriormente como la Carta de La Habana. Este documento incluyó una cláusula sobre los derechos de los trabajadores que vinculaba específicamente el progreso económico y la liberalización comercial con normas laborales justas.

[22] Alberto López-Valcárcel, Seguridad y salud en el trabajo en el marco de la globalización de la economía, Oficina regional de la OIT, Lima, marzo 1996, pág. 7.

[23] Ver documento «La lucha en favor de los derechos humanos de los trabajadores y trabajadoras en la economía global» de la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales (CIOSL), Bruselas, 1998.

fantil, etc.[24]. También plantean asegurar que el progreso colectivo, como resultado de la globalización, se transforme en un progreso social sostenible y "uno de los principales medios para lograrlo es la efectiva aplicación de las Normas Internacionales de Trabajo establecidas en el seno de la Organización Internacional del Trabajo"[25].

Algunas de estas normas son consideradas como esenciales para mejorar ostensiblemente las condiciones de trabajo; y son normas que tienen que ver con la libertad sindical, la protección al derecho a la sindicación y negociación colectiva, a la abolición del trabajo forzoso, a la edad mínima para la admisión al empleo, a la abolición de las peores formas de trabajo infantil, a la no-discriminación en materia de empleo y ocupación, y otras que tienden a lograr el progreso económico, político y social sostenido[26]. Es decir, "que los beneficios de la globalización y de la reestructuración productiva no podrán ser orientados adecuadamente hacia el desarrollo humano y el progreso social si es que no logra superar progresivamente la inseguridad e inestabilidad laboral, de creciente desigualdad y de una menor cohesión social"[27].

III. EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES

La integración -como decíamos- es, por definición, un proceso de largo plazo y, como tal, sus efectos deben medirse en el tiempo[28]. En este sentido, debemos tener en cuenta los esfuerzos de concertación estratégica de los países miembros de la Comunidad Andina.

[24] Se trata de dar cumplimiento a viejas normas de la OIT: los convenios números 29 y 105 sobre derechos individuales en cuanto a la prohibición del trabajo forzoso y los convenios números 87 y 98 en materia de libertad sindical y negociación colectiva.

[25] OIT, Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo, 2001

[26] Ver los convenios de la OIT que actualmente llegan a 185.

[27] Víctor Tokman y Daniel Martínez, La Agenda Laboral en la Globalización: eficiencia económica con progreso social, Oficina Regional de la OIT, Lima, 1999, pág. 7.

[28] La Comunidad Andina tuvo su origen en el Pacto Andino, cuyo camino recorrido no ha estado exento de dificultades. Ver Pacto Andino, carácter y perspectivas, Ernesto Tironi (compilador), Instituto de Estudios Peruanos, Lima, julio 1978.

3.1. El camino recorrido

El Grupo Andino emergió en el escenario internacional latinoamericano el 26 de mayo de 1969, cuando los plenipotenciarios de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú suscribieron el Acuerdo de Cartagena[29]. La suscripción de este instrumento jurídico, que recibió el nombre oficial de Acuerdo de Cartagena o Acuerdo Subregional de Integración, fue el epílogo de más de dos años de labores ininterrumpidas, de negociaciones y estudios para el nacimiento de este bloque subregional. En efecto, la idea de conformar este grupo, surgió a mediados de la década del sesenta cuando se constataron las limitaciones que tenía para los países de mercados insuficientes o de menor desarrollo relativo, la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), organismo regional convertido posteriormente en ALADI, a fin de lograr la adopción de fórmulas prácticas para acelerar al máximo el progreso de los países de menor desarrollo económico relativo y de mercado insuficiente[30].

Con el fin de estudiar el establecimiento del grupo de integración subregional previsto en la Declaración de Bogotá y llevar adelante las negociaciones correspondientes, los países andinos formaron, el 30 de junio de 1967, una Comisión Mixta integrada por los representantes de Colombia, Ecuador, Chile, Perú y Venezuela, a los que se sumó Bolivia, con un representante, el 16 de agosto de 1967. Ese mismo año, del 28 de agosto al 2 de setiembre, el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la ALALC reunido en Asunción (Paraguay) aprobó la Resolución 202 que fija los principios que reglamentan las normas de los acuerdos subregionales, y la Resolución 203 que contiene las bases de un acuerdo subregional entre Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela[31].

La Comisión Mixta llegó a realizar un total de seis reuniones, la última de las cuales se efectuó el 25 de mayo de 1969 en la ciudad colombiana de Cartagena de Indias, donde los representantes de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú arribaron a un acuerdo definitivo. El Acuerdo de Cartagena, que dio nacimiento al

[29] Ver Acuerdo de Cartagena texto, oficial codificado Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, agosto 1997.

[30] Para ello se crearon instituciones que forman parte de los instrumentos jurídicos con que cuenta la CAN:

[31] Ver el libro 28 años de Integración Andina, un recuento histórico, Edic. Prisia Vílchez, Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima noviembre de 1997.

Grupo Andino, fue suscrito en Bogotá, en el Palacio de San Carlos, entonces sede de la Presidencia de la República de Colombia, el 26 de mayo de 1969.

A partir de la crisis de los ochenta, caracterizada por crecientes déficit fiscales, devaluaciones traumáticas y elevación de tasas de interés, las economías de la subregión comenzaron tímidamente a reorientar sus políticas hacia una mayor apertura. Así, en la IV Reunión, celebrada en La Paz el 29 de noviembre de 1990, los presidentes acordaron las acciones necesarias para profundizar la integración andina con miras a la configuración del mercado común. Entre dichas acciones están las siguientes: adelantar los plazos para la configuración de la Zona de Libre Comercio así como para la definición del Arancel Externo Común; armonizar progresivamente las políticas económicas; liberalizar en forma gradual la circulación de capitales, personas y servicios, integración física y fronteriza.

En la V Reunión del Consejo, realizada el 17 y el 18 de mayo de 1991 en la ciudad de Caracas, los presidentes reiteraron el objetivo central de profundizar la integración subregional y en tal sentido dispusieron, entre otras cosas, la aprobación de un cronograma de eliminación gradual de lista de excepciones.

En la VII Reunión del Consejo Presidencial, celebrada en Quito el 5 de setiembre de 1995, los mandatarios andinos aprobaron el nuevo diseño estratégico, cuyos objetivos son: profundizar el proceso elevando los logros comerciales; armonizar las políticas económicas; definir políticas sociales orientadas a elevar la calidad de vida y el acceso de los grupos sociales a los beneficios del desarrollo; articular el Sistema Andino de Integración y avanzar hacia la integración latinoamericana y hemisférica.

En la VIII Reunión del Consejo Presidencial celebrada en la ciudad de Trujillo los días 9 y 10 de marzo de 1996, los mandatarios andinos aprobaron el Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Cartagena, por medio del cual crearon la Comunidad Andina, establecieron el Sistema Andino de Integración; dispusieron la transformación de la Junta del Acuerdo de Cartagena en la Secretaría General de la Comunidad Andina; incorporaron al Consejo Presidencial Andino y al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en la estructura institucional de la Comunidad Andina[32]. Con esta última medida, dieron a la integración andina una dirección política.

[32] El 25 de junio de 1997 se aprobó en Quito la codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) mediante la Decisión N° 406.

El 20 mayo del 2005, los ministros de Desarrollo Social de los países de la Comunidad Andina iniciaron la II Reunión del Consejo Andino para analizar, entre otros temas, la creación de un posible instrumento financiero para promover la cohesión social, el proyecto de cooperación horizontal en políticas sociales y el estado de avance del Plan Integrado de Desarrollo Social (PIDS). Y este es un gran desafío para nosotros, ya que este plan requiere de avanzar en su fase de instrumentación, para lo cual es necesario desarrollar en detalle los perfiles de proyectos y establecer responsabilidades, coordinaciones, cronograma, definiendo la estrategia de financiamiento.

Impulsar el desarrollo de una Agenda Social Andina no es una tarea fácil y es que gracias a ello se efectuaron los denominados talleres de trabajo en los países miembros del CAN entre setiembre del 2003 y marzo del 2004, con la finalidad de identificar iniciativas de alcance subregional que complementen las estrategias, planes y políticas nacionales contra la pobreza, la exclusión y la desigualdad social; donde han participado cincuenta y seis instituciones de gobierno, sesenta representantes de ONG y de centros académicos, especialistas de la CEPAL, del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA), Convenio Andrés Bello (CAB) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS), entre otros.

Como feliz compendio a estos esfuerzos, el PIDS aprobado un 21 de setiembre del 2004, comprende para su aplicación tres grandes áreas de intervención: a) acciones de carácter social; b) programas, proyectos y actividades de alcance comunitario y c) creación de instancias para democratizar el proceso de integración y volverlo más participativo. Contamos, por primera vez en nuestra historia, con un instrumento de políticas sociales comunitarias que abordan temas claves de la cohesión social en nuestra subregión.

Para fortalecer el tema de la cohesión social en la agenda de la Comunidad Sudamericana de Naciones, es necesario proponer iniciativas de cooperación con el MERCOSUR. Los avances del Plan Integrado de Desarrollo Social de nuestra comunidad y los aportes de MERCOSUR en torno a un sistema homologado de indicadores sociales, son la base de acciones de apoyo mutuo e interaprendizaje, que redundarán en beneficio de la agenda social sudamericana.

Consideramos básico y fundamental, que el compromiso con el éxito del PIDS en la región andina, contribuirá decididamente a hacer realidad las Metas del Milenio, compromiso que nos obliga a todos por igual para hacer más justas nuestras sociedades y más gobernables nuestros países.

3.2. La participación de los trabajadores

En términos generales, la participación de los trabajadores, en los procesos de integración, todavía se da sólo a través de determinados comités de carácter consultivo con capacidad de emitir dictámenes, bien a iniciativa propia o como consecuencia de una consulta a la comisión. Así tenemos: el Comité Consultivo Interprofesional de la UE, formado por delegaciones tripartitas de representante de empresarios, sindicatos y gobiernos, para la articulación del llamado diálogo social de Val Duchesse[33] a través del Comité del Diálogo Social integrados a su vez por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Industrias de la Comunidad Europea (UNICE) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP).

En el MERCOSUR tenemos el Foro Consultivo, que nació con el Protocolo de Ouro Preto, como órgano de representación de los sectores económicos y sociales, y entró en vigencia el 26 de junio de 1996. En su composición tiene dos aspectos: uno las secciones nacionales, que dan independencia a cada país para escoger las formas de constituirlos, es decir, cada país tiene la libertad de aceptar al número de gremios empresariales o sindicales; en cuanto a la representación del Foro en general se requiere un número de nueve que debe representar a cada país exigiéndose la paridad de representación. Por otro lado, las centrales sindicales lograron una actuación importante tanto en sus países respectivos como en el Foro Consultivo con una perspectiva de carácter regional: en diciembre de 1997, por primera vez, las centrales sindicales de los cuatro países del MERCOSUR, realizaron demostraciones y marchas públicas enarbolando criterios para el mejor desarrollo del mismo, convencidos de que no será posible avanzar en el proceso de integración sin atender a su dimensión humana.

La Comunidad Andina cuenta con un Consejo Consultivo Laboral creado en enero de 1983, mediante la Decisión 176, integrado por delegados de las organiza-

[33] El diálogo social, de Val-Duchesse, localidad próxima a Bruselas, se aprobó con la participación de la CES, la UNICE y el CEEP y el procedimiento seguido logró múltiples dictámenes

ciones representativas del sector laboral de cada país miembro de la CA[34], como veremos más adelante. No obstante en los países de la Comunidad Andina los trabajadores están representados en su central sindical: en Bolivia y Venezuela a través de la COB y la CTV como centrales sindicales hegemónicas. En Colombia, Ecuador y Perú coexisten varias centrales sindicales nacionales, con diferentes concepciones programáticas y tácticas, y afiliadas a distintas centrales sindicales internacionales.

Es importante anotar, que de acuerdo a la Opinión 18 del Consejo Consultivo Laboral Andino, uno de los elementos base del Taller Subregional fue el de priorizar la política de formación profesional incluyendo el tema de la competitividad; la responsabilidad del sector educativo, sector trabajo y demás sectores y de la sociedad civil en esta temática; reconocer el peso del sector informal en el mercado de trabajo, además de otras recomendaciones afines. También hay que destacar, que otra línea de trabajo a la cual se le ha prestado la debida importancia es el hecho de impulsar el desarrollo del Observatorio Laboral Andino a través del fortalecimiento de los Observatorios Socio Laborales nacionales, reconociendo la importancia de los sistemas inteligentes de información[35].

IV. LOS DERECHOS LABORALES EN LA COMUNIDAD ANDINA

4.1. Nueva realidad y reforma laboral

Los procesos de cambios económicos y de globalización en general que han vivido los países miembros de la Comunidad Andina, en los años 90, han generado un determinado contexto social-laboral.

Recordemos la historia del Derecho Laboral, tanto en el plano internacional como en el nacional, en la constante intervención estatal o juridificación en la regulación de las relaciones laborales para «cubrir con su manto protector aquellos sectores del mundo del trabajo que tenían o se suponía que tenían una excepcional necesidad de ella»[36]. Es en ese contexto, que el Derecho Laboral se configuró en disciplina jurídica que resolvía la particular relación de complementariedad

[34] Ver el libro de Jaime Córdoba Zuloaga, Integración Andina en perspectiva, su importancia en la era de la economía internacional globalizada, Lima, mayo, 1997; y el documento del Foro Euro-Andino 98, La Nueva Realidad Andina, Londres, mayo, 1998.

[35] Consejo Asesor de Ministros de Trabajo del 10 y 11 del 2003, CAN, Lima, Perú.

[36] Juan Carlos Álvarez C. y Francisco Trujillo V., «Algunas reflexiones sobre el contenido asistencial de los convenios colectivos tras la Reforma producida por la Ley 11/1994», en Jesús Cruz Villalón (Coord..../

entre las regulaciones heterónomas y las colectivas (e individuales) en favor de los trabajadores. Sin embargo, en la última década se vive un proceso profundo de transformaciones en las relaciones laborales como consecuencia del carácter tecnológico de la producción, la composición de la fuerza de trabajo, los cambios políticos y normativos en general[37].

Por ello se habla que el Derecho Laboral, por movilidad institucional y normativa, debe adaptarse al nuevo contexto económico y social a través de la flexibilización o desregulación de sus normas como respuesta jurídica. Sobre este punto, como ya es conocido, es unánime en la doctrina la aceptación a los cambios dándose paso a la llamada «cultura de la flexibilidad» que parece marcar una nueva fase del Derecho Laboral. Se señala que la flexibilidad laboral, tanto externa como interna, no es otra cosa que la revisión de las normas tendentes a una drástica reducción de los niveles de protección para conseguir que las condiciones de trabajo se fijen a través de normas autónomas[38].

Las principales reformas económicas y ajustes estructurales que se han emprendido en la región han sido notables: Entre ellos destacan las políticas de estabilización económica, privatización de las empresas públicas y la reforma del mercado de trabajo tendentes a la flexibilización y desregulación, con especial énfasis en los derechos individuales[39] y el sistema de pensiones[40].

En las relaciones individuales de trabajo crece la presencia de elementos que las apartan del modelo preexistente, reconocido por el predomino de relaciones establecidas por plazo indefinido y con un mismo empleador, que comprendían

/...Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo, Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, pág. 265).

[37] Sobre este último punto, si bien no es propósito del presente trabajo analizar el fenómeno de la crisis normativa del Derecho, es muy importante señalar que dicha crisis pasa por el problema de la racionalidad. Según Toulmin «Los conceptos del Derecho o la tecnología están sujetos á un desarrollo racional...» (Stephen Toulmin, La comprensión humana, Madrid: Alianza Editorial, 1977, pág. 369.

[38] En cambio, la desregulación busca la eliminación total de normas protectoras, plantea la supresión de la regulación heterónoma sobre el mercado de trabajo. En tal sentido, en los años 90, se dieron reformas laborales en dos grandes modelos: flexibles regulados y flexibles desregulados (Al respecto ver Leopoldo Gamarra Vílchez y Francisco Alemán Páez, Dos Modelos de Reforma Laboral, Edial, Lima, 1998).

[39] Ver el trabajo de Philippe Egger, El mercado laboral en los países andinos un compendio de datos sobre el empleo y salarios, OIT, Lima, 1999.

[40] Ver el trabajo de Javier Mujica Petit, La reforma de los sistemas de seguridad social en los países andinos, Cuadernos de Integración Andina, Consejo Consultivo Laboral Andino, Lima, julio, 2003.

trabajos de jornada completa, en el mismo o similar campo de actividad y de especialización profesional y efectuados en el local del empleador y en una misma o cercana localización geográfica.

Crecientemente las relaciones individuales de trabajo son de plazo fijo y con una o más sustituciones en empleadores, sin perjuicio de que suele resultar difícil determinar a quién corresponde tal calidad jurídica, especialmente cuando existen formas de «externalización» de las funciones de la empresa y la mayor presencia de contratistas y subcontratistas o «en su caso» de los contratos de intermediación laboral[41]. Se disminuye el protagonismo de los "contratos típicos" ante la multiplicada presencia de los llamados «contratos atípicos», en particular de los establecidos para la promoción del empleo y para facilitar la inserción y reinserción laborales[42].

En cuanto a las relaciones colectivas de trabajo, podemos señalar que las circunstancias mencionadas de la situación económica han generado un decrecimiento del número de trabajadores asociados sindicalmente y de los cubiertos por convenciones colectivas negociadas. Esto se debe en parte al creciente aumento del sector de servicios, en el que siempre han sido difíciles la negociación y la sindicación. Como también "el reglamentarismo excesivo existente en la región ha restado importancia a la negociación colectiva, no sólo trabando (incluso a veces de forma intencionada) el desarrollo de la libertad sindical"[43].

En materia de seguridad social, en los países de la Comunidad Andina existía el sistema de reparto, de financiamiento bipartito o tripartito, de gestión pública y con participación de los asegurados y aseguradores. Ahora predominan características de total individualización. Así, en algunos países la gestión radica o tiene lugar en empresas privadas de administración de los fondos de pensiones, sin participación de los trabajadores, financiados sólo con aportaciones de los trabajadores y se rigen por el sistema de capitalización. También en materia de salud, han surgido empresas privadas para la gestión de los seguros de salud.

[41] Los modelos "fordianos" y "tayloristas" ceden paso a nuevos procesos de producción y de organización del trabajo, con mayor protagonismo del "ius variandi".

[42] Al respecto, ver María Luz Vega-Ruiz, La Reforma Laboral en América Latina: un análisis comparado, OIT, Lima, 2001.

[43] Marlee Rueda-Catry, Juan Manuel Sepúlveda-Malbrán, María Luz Vega-Ruiz, Tendencias y Contenidos de la negociación colectiva: fortalecimiento de las organizaciones sindicales de los países andinos, OIT, Lima, 1998.

En síntesis, podemos observar en el siguiente cuadro, elaborado por Adolfo Ciudad, la orientación general de las reformas laborales en América Latina, especialmente en los países miembros de la CAN[44].

Cuadro Nro. 1
Orientación general de reformas laborales

Reformas profundas marcadamente flexibilizadoras	Reformas menosextensas en perspectiva flexibilizadora	Reformas flexibilizadoras de menor corte	No se aplicaron reformas, pero sí se aplicaron cambios con tendencia flexibilizadora
Argentina Perú	Brasil Colombia Panamá	Chile, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, República Dominicana, Venezuela	Bolivia, Honduras, México, Uruguay, El Salvador, Paraguay

4.2. Instrumentos jurídicos laborales

El Convenio Simón Rodríguez

Con ocasión de la Cuarta Conferencia Interamericana de Ministros del Trabajo, convocada por la OEA en Buenos Aires (1972), se analizó el tema de los aspectos laborales de la integración, especialmente a la luz de las experiencias habidas en la región centroamericana y de las expectativas surgidas con la adopción del Acuerdo de Cartagena. En el debate se puso de manifiesto la necesidad de que el tema socio laboral tuviera mayor presencia e importancia en los procesos de integración. Es así como, en seguimiento de una Resolución adoptada en esa Conferencia, por invitación del Gobierno del Ecuador, los Ministros de Trabajo de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena se reunieron en Quito, en abril de 1973, ocasión en que suscribieron la llamada Declaración de Quito. En ella se incluyeron los aspectos sustanciales de los acuerdos adoptados por los Ministros presentes, en forma unánime[45].

[44] Adolfo Ciudad Reynaud, Evolución y tendencias recientes del Derecho del Trabajo en América del Norte, Europa y América Latina, en Los Principios del Derecho Laboral en la Nueva Ley General de Trabajo, CIP - Congreso de la República, Lima, diciembre 2004, pág.37.

[45] Ver el documento de Luis Aparicio y Emilio Morgado, sobre la integración sociolaboral, en especial el Convenio Simón Rodríguez, Documento de la Comunidad Andina, Lima, marzo, 1998.

Cumpliendo con lo acordado en Quito, en octubre de 1973 los Ministros de Trabajo se reunieron en Caracas y adoptaron el Convenio Simón Rodríguez de Integración Sociolaboral Andina. En el Convenio se reiteraron los propósitos y objetivos expresados en la Declaración de Quito. Más aún, los organismos y procedimientos establecidos no tuvieron como propósito crear una institucionalidad paralela, ajena o contradictoria con la del Acuerdo de Cartagena, sino unos mecanismos destinados a atender dos necesidades concurrentes: primero, el funcionamiento de los Ministerios con miras a fortalecer su presencia en los procesos nacionales y subregionales de adopción de decisiones; segundo, el establecimiento de vías y medios para participar en la atención de los aspectos sociolaborales del proceso de integración andina, en el marco del Acuerdo de Cartagena.

Respecto de este segundo propósito, en el Convenio se expresa la decisión de establecer una base institucional que permita a los Ministros de Trabajo contribuir efectivamente a los esfuerzos de los órganos del Acuerdo de Cartagena para la armonización de las políticas económicas y sociales -en el campo del trabajo y la seguridad social- que conduzcan al mejoramiento integral de las condiciones de vida y trabajo en los países andinos.

Pero el objetivo general del Convenio es lograr que en el proceso de integración se dé especial importancia a los aspectos sociales y laborales expresados en el Acuerdo de Cartagena, en particular en lo referente al tratamiento de los problemas sociolaborales de la integración en materia de: legislación del trabajo y de seguridad social, recursos humanos, desempleo y subempleo, seguridad social, formación profesional, movilidad de la mano de obra, participación social y otras materias que los Ministros decidan incorporar.

La insuficiente actividad del sistema andino de integración laboral, en el marco del Convenio Simón Rodríguez, originó una progresiva disminución en la eficacia de su actuación como Convenio a pesar que mantiene su vigencia jurídica como tratado internacional, ratificado por los países miembros en la reunión de Ministros de Trabajo en Quito (1989) y La Paz (1991). Se mantiene en receso por varios años.

El Consejo Consultivo Laboral Andino (CCLA)

Fue establecido mediante la Decisión 176 de 1983. Las normas sobre su competencia, composición y elección son iguales a las recién examinadas. En su 1a. reunión (julio de 1983), este Consejo adoptó una Resolución denominada Declaración del Siglo XX, en la que se apoyaron las medidas adoptadas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena para reorientar el proceso de integración subregional, a la vez que se propuso dar mayor énfasis a las políticas y programas de naturaleza social, cultural y política «para que la participación de los trabajadores y de los pueblos no siga siendo marginal en los beneficios ni quede ausente o secundaria en las decisiones». Propiamente "es una institución consultiva del sistema andino de integración, conformada por delegados de más alto nivel elegidos directamente por las centrales y confederaciones sindicales de cada uno de los países miembros"[46].

En la 2da. reunión (agosto de 1984) el Consejo adoptó una Resolución proponiendo la creación de un centro de formación, investigación, difusión y asesoramiento que facilite la participación efectiva de los trabajadores en el proceso de integración, que coadyuve a las labores del Consejo y contribuya a las actividades que desarrollen las centrales sindicales nacionales. Tal resolución dio origen al establecimiento del Instituto Laboral Andino.

Resulta algo riesgoso pronunciarse acerca de los logros alcanzados por el Consejo Consultivo laboral, ya que el nivel alcanzado no tiene como base sólo el desempeño de estos miembros, sino que también es el resultado de circunstancias externas. En efecto, de una parte, ellas están insertas en el Acuerdo de Cartagena y -en consecuencia- desde su creación en 1983 en sus actividades se han reflejado las vicisitudes experimentadas por el Acuerdo. De otra parte, a diferencia del CAS y del CAES, no han tenido la oportunidad de coaccionar con el Convenio Simón Rodríguez, debido al receso de éste, desde 1984.

En este último período el CCLA "ha hecho uso de las prerrogativas que le asigna el Acuerdo de Cartagena, emitiendo 121 Opiniones con lo que se ha abordado diversos campos de la problemática andina..."[47]. Sin embargo, hay que re-

[46] Marta Tostes Vieria, La formación profesional en los países andinos: diagnóstico y propuesta, Cuadernos de Integración Andina, Consejo Consultivo Laboral Andino, setiembre, 2003, Lima, pág.37.

[47] Mensaje del Presidente del Consejo Consultivo Laboral Andino, pág 3, publicado por la CAN como Jornada de reflexión en torno a la integración andina, Lima, 18 setiembre 2003.

calcar que en el XII Consejo Presidencial Andino se crea el Consejo Asesor de Ministros de Trabajo tendente a la conformación del Mercado Común Andino desde el ámbito sociolaboral, que comprende el fomento al empleo, la formación y capacitación laboral, seguridad social, salud y migración laboral[48]. De esta manera, conforme se ratificó en el Taller Subregional de Caracas, se reconoce la gravedad de la situación del empleo en la subregión y que se requiere políticas explícitas que promuevan un modelo de desarrollo centrado en el ser humano[49].

DECISIÓN 545, INSTRUMENTO ANDINO DE MIGRACIÓN LABORAL

En el Departamento de Antioquia-Colombia se aprobó el 25 de junio del 2003 y el punto de partida para adoptar esta decisión se encuentra en la XI reunión del Consejo Presidencial Andino, efectuada en Cartagena de Indias donde se fijó como propósito el establecimiento del Mercado Común Andino, creando las condiciones para que a la libre circulación de bienes se añada la libre movilidad de servicios, capitales y personas en la Subregión.

Además, en el XII Consejo Presidencial Andino reunido en Lima en junio del 2000, se expresó que la conformación del Mercado Común Andino persigue el desarrollo humano de los pueblos de los países miembros de la CAN. Aquí se ratificó, que la libre circulación de personas es una de las condiciones requeridas para la constitución gradual del mismo, el cual deberá estar en funcionamiento a más tardar el 31 de diciembre del 2005.

El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, aprobó el Instrumento Andino de Migración Laboral, teniendo como objetivo el establecimiento de normas que permitan de manera progresiva y gradual la libre circulación y permanencia de los nacionales andinos en la Subregión con fines laborales bajo relación de dependencia. Se exceptúa de la presente decisión el empleo en la Administración Pública y aquellas actividades contrarias a la moral, a la preservación del orden público, a la vida y a la salud de las personas, y a los intereses esenciales de la seguridad nacional.

[48] CAN, Lima, junio, 2000

[49] Consejo Asesor de Ministros de Trabajo - CAN, Caracas, Venezuela, julio, 2003.

DECISIÓN 583, SUSTITUCIÓN DE LA DECISIÓN 546, INSTRUMENTO ANDINO DE SEGURIDAD SOCIAL

Este instrumento jurídico se aprobó el 7 de mayo del 2004 en Guayaquil- Ecuador. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de los países integrantes de la CAN acordó que para la conformación y desarrollo del Mercado Común Andino, es necesario preservar el derecho de los migrantes laborales a percibir prestaciones de seguridad social y garantizar la conservación de sus derechos adquiridos en la totalización de sus periodos de seguro. Para ello, reconocen a los migrantes laborales a nivel andino y a sus beneficiarios, en cualquiera de los países miembros de la CAN, los mismos derechos y obligaciones en materia de seguridad social que a los nacionales en esos países.

Los objetivos de la presente decisión tienen que ver con garantizar a los migrantes laborales, así como a sus beneficiarios, la plena aplicación del principio de igualdad de trato o trato nacional dentro de la Subregión y la eliminación de toda forma de discriminación; garantizar el derecho de los migrantes laborales y sus beneficiarios a percibir las prestaciones de seguridad social durante su residencia en otro país miembro; garantizar a los migrantes laborales la conservación de los derechos adquiridos y la continuidad entre las afiliaciones a los sistemas de seguridad social de los países miembros; y, reconocer el derecho a percibir las prestaciones sanitarias y económicas que correspondan, durante la residencia o estada del migrante laboral y sus beneficiarios en el territorio de otro país miembro, de conformidad con la legislación del país receptor.

DECISIÓN 584, SUSTITUCIÓN DE LA DECISIÓN 547, INSTRUMENTO ANDINO DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

El 7 de mayo del 2004, en Guayaquil- Ecuador, se aprobó dicho instrumento. Y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, señaló que uno de los elementos esenciales para alcanzar el objetivo de un trabajo decente es garantizar la protección de la seguridad y la salud en el trabajo; y que es necesario adoptar las medidas necesarias para mejorar estas condiciones en cada centro de trabajo de la Subregión y de esa manera elevar el nivel de protección de la integridad física y mental de los trabajadores.

Por esta razón, se aprobó este instrumento legal en donde se establecen las normas fundamentales en materia de seguridad y salud en el trabajo que sirve de base para la gradual y progresiva armonización de las leyes y los reglamentos que regulen las situaciones particulares de las actividades laborales que se desarrollan en cada uno de los países miembros.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

1. La globalización se presenta como internacionalización de la producción y de las transacciones financieras organizadas por poderosas corporaciones, que paralelamente con los avances de la tecnología y las comunicaciones eliminan las fronteras de los mercados nacionales. En estas condiciones, el Estado-Nación pierde influencia y espacio de maniobra y además pierden también los actores sociales, los sindicatos, las organizaciones empresariales, etc.

2. Se tiene en perspectiva, la importancia de conjugar posiciones comunes en cuanto a política exterior; plan regional de lucha contra las drogas; la creación de una zona andina donde impere la paz y la carrera armamentista quede de lado; una mayor participación de la sociedad civil en el proceso de integración; implementar negociaciones comerciales CAN-MERCOSUR con acercamiento al ALCA como respuesta del continente americano a la globalización; aplicación de un programa social y de una política de desarrollo sostenible; todo ello, hasta donde le corresponda, bajo la égida de reglas laborales flexibles que permita que los trabajadores se conviertan en entes dinámicos y proactivos.

3. Se trata de intensificar la integración andina contando con la participación total de los actores sociales, creando un arancel exterior común, un mercado común, tratando de posicionar las proyecciones internacionales de la CA para que actúe en bloque. Para ello se hace indispensable limar asperezas históricas, limitar o tratar de eliminar las causas de los conflictos sociales a fin de crear una zona de paz.

4. No nos equivocamos si la CA, que cuenta con un importe aproximado de 27 millones de euros hasta el 2006 donde la CE es el principal proveedor de

fondos, no ha tomado en cuenta con rigurosidad la necesidad de afianzar los sistemas de integración en el campo laboral. Así es, las acciones que se tomarán en cuenta, proponen acciones en los ámbitos siguientes: en participación de la sociedad civil, asistencia técnica relativa al comercio, prevención de catástrofes naturales y seguridad aérea, dejando de lado el mundo de lo laboral.

5. La cooperación comunitaria viene apoyando a la CA desde su creación y el importe asignado varía entre 5 y 6 millones de euros anuales, es decir, el 6% de la ayuda comunitaria destinada a la región y menos del 2% de la asignación a América Latina. El reto consiste en derivar un porcentaje que esté destinado a fortalecer las relaciones laborales, a promover la capacitación del trabajador a fin que su productividad sea mayor y a desarrollar estrategias de convivencia que permitan crear un clima de estabilidad en el trabajo.

6. El proceso de integración de la Comunidad Andina, que abarca el comercio, la tecnología y la fuerza de trabajo, afectó determinados aspectos del sistema laboral como son los derechos individuales y colectivos de los trabajadores de cada país miembro. Además, éstos no han logrado ser representados de forma real en las decisiones de la Comunidad Andina a pesar que el tema social-laboral es fundamental y se reconoce en sendos documentos oficiales, ni han logrado políticas concretas para mejorar la productividad y, por tanto, el incremento del empleo y solución de sus reivindicaciones. No obstante, los avances de la modernización de la legislación comunitaria, con mayor coherencia y ajustándola a los retos que presenta el comercio internacional.

7. A pesar de existir instrumentos jurídicos en el aspecto laboral, la apertura de mercados como parte del proceso de integración regional no mejora las condiciones de vida de los trabajadores y el desarrollo nacional. Por tanto, sigue existiendo la necesidad de armonizar la legislación de trabajo y seguridad social, la coordinación de políticas conducentes a solucionar el problema de desempleo, ampliación de los sistemas de formación profesional, y el establecimiento de un régimen que facilite la movilidad de la mano de obra en la región.

8. La dinámica de integración de la Comunidad Andina, como esfuerzo de modernización y desarrollo económico, no logra la amplia participación ciudadana representada por sus instituciones como son las organizaciones sindicales y de empleadores. Existen el Consejo Consultivo Empresarial y el Consejo Consultivo Laboral, pero su funcionamiento burocrático no permite la participación de los empleadores y trabajadores en los procesos de desarrollo e integración regional.

El control de las normas en el marco de la integración regional y de libre comercio*

Adolfo Ciudad Reynaud[1]
Especialista Principal en Legislación y Administración
del Trabajo de la OIT para los Países Andinos. Miembro de la SPDTSS.

Sumario

Introducción. I. Las experiencias de integración 1.1. Órganos de promoción en las experiencias de integración 1.2. La administración del trabajo 1.3. Los órganos de control en las experiencias de integración II. Los Tratados de Libre Comercio 2.1. Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN-1993) 2.2. El Acuerdo de Cooperación Laboral de Canadá y Chile (ACLCC-1997) 2.3. Acuerdo de Cooperación Laboral de Canadá y Costa Rica (ACLCCR), anexo al Tratado de Libre Comercio entre ambas naciones (noviembre 2002) 2.4. Tratado de Libre Comercio de los Estados Unidos de América y Chile (TLC USA - Chile), en el que lo laboral ha sido incorporado en el propio texto del TLC (enero 2004).
III. Síntesis de obligaciones.

INTRODUCCIÓN

A propósito del control de las normas laborales exigidas en el marco de la integración y del libre comercio, conviene hacer una reflexión sobre el particular.

En primer término haremos una somera referencia a las distintas experiencias de integración en las Américas, con el objeto de identificar las normas laborales cuya promoción fue establecida en sus diferentes instrumentos, incluyendo sus órganos de promoción y control previstos. Para ello se han tenido en consideración los instrumentos constitutivos y las demás normas emanadas de las diversas experiencias de integración actualmente vigentes. Así mismo nos referiremos a los instrumentos interamericanos de la Organización de Estados Americanos –

* Ponencia presentada en el V Congreso Regional Americano de relaciones de Trabajo, Santiago de Chile, julio de 2005

[1] Especialista Principal en Legislación y Administración del Trabajo de la OIT para los Países Andinos. Las opiniones expresadas en este documento son de naturaleza personal y no comprometen a la OIT.

OEA, que también representa un esfuerzo de integración, más bien política y cultural, a diferencia de los demás que son fundamentalmente de índole comercial.

En segundo lugar, nos referiremos a los principales Tratados de Libre Comercio existentes en las Américas, que forman parte del fenómeno de la globalización o mundialización de la economía. A partir de la década del ochenta se aceleraron los programas nacionales de liberalización comercial y desde entonces en todo el mundo se han suscrito un número muy importante de acuerdos o tratados de libre comercio, y las Américas no han estado ajenas a este proceso, sobre todo si tenemos en cuenta que en este continente se encuentra una de las economías más poderosas del mundo.

Hacemos la distinción entre las experiencias de integración y los tratados de libre comercio en la medida que en las primeras existe una visión de más largo plazo, un afán de constituir órganos permanentes con participación de los distintos actores, y una afinidad cultural, geográfica y también histórica. En tanto que en los tratados de libre comercio tales elementos pueden no estar presentes, aún cuando en ambos casos el interés comercial esté en la base de las iniciativas.

Conforme se podrá apreciar, tanto en las experiencias de integración como en los tratados de libre comercio, se desprende que en todos ellos –en grado diferente y con mayor o menor amplitud- se han incorporado normas de naturaleza laboral, aun cuando en algunos casos dicha incorporación sea de índole declarativa y genérica.

De igual forma, puede advertirse que en las distintas experiencias de integración y en los tratados de libre comercio en las Américas, salvo el caso de la OEA, han tenido una motivación fundamentalmente económica o comercial, estableciéndose mecanismos que permiten o facilitan la libre circulación de capitales, bienes y servicios. Es por ello que tales esfuerzos no han privilegiado, al menos en sus inicios, los aspectos laborales que toda integración necesariamente trae consigo, por la ineludible participación del factor humano. No obstante, en las experiencias de integración, a diferencia de los tratados de libre comercio, existen normas que permiten o facilitan la circulación de personas.

Puede distinguirse una primera etapa en que, tanto en las experiencias de integración como en los tratados de libre comercio, los aspectos laborales han sido desarrollados por instrumentos específicos o complementarios muchos años después de su creación. Esta situación ha cambiado en la denominada segunda generación de los tratados de libre comercio, en que los aspectos laborales forman parte del mismo tratado constitutivo.[2]

I. LAS EXPERIENCIAS DE INTEGRACIÓN

En este apartado vamos a referirnos a cinco experiencias de integración vigentes en las Américas que se remontan, las más antiguas, a los años 50 y 60 del siglo pasado: 1) la Organización de los Estados Americanos – OEA (1948); 2) el Mercado Común Centro-americano – SICA (1951); 3) Comunidad Andina de Naciones – CAN (1966); 4) la Comunidad del Caribe – CARICOM (1958); y, 5) el Mercado Común del Sur – MERCOSUR (1991).

Para analizar el control de las normas en el marco de la integración regional, es menester referirnos –en primer lugar- al tipo de normas recogidas por las distintas experiencias de integración, las mismas que varían de un caso a otro. Hay algunas que han privilegiado los derechos fundamentales en el trabajo[3], en tanto que otras el empleo y la seguridad social.

En ese sentido, algunas experiencias de integración han omitido pronunciamientos respecto de ciertos derechos fundamentales, como es el caso del Merca-

2 Cfr. CIUDAD REYNAUD, Adolfo, Las normas laborales y el proceso de integración en las Américas, OIT, 2001, Lima, Talleres Gráficos Art Lautrec, 268 págs.

3 En materia de derechos fundamentales se ha recogido el concepto aprobado en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Organización Internacional del Trabajo, en Ginebra, el 18 de junio de 1998. Entre otros aspectos, en los considerandos de la Declaración se enfatiza que "el crecimiento económico es esencial, pero no suficiente, para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza; lo que confirma la necesidad de que la OIT promueva políticas sociales sólidas, la justicia e instituciones democráticas". En consecuencia, sostiene la Declaración,"... la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especiales al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido". Así, el numeral 2 de la Declaración reconoce como fundamentales los siguientes derechos: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

do Común Centroamericano – SICA, que sólo recogió la obligación de no discriminación; y la Comunidad Andina que no recogió ningún derecho fundamental con carácter general y con validez para todos los trabajadores, salvo las referencias a derechos de sindicación, de negociación colectiva y eliminación de la discriminación, respecto de trabajadores migrantes (en la Decisión 545, Instrumento Andino de Migración Laboral, art. 11°). En estos casos se optó por privilegiar pronunciamientos sobre temas de empleo y de seguridad social.

En efecto, en la CAN no se ha llegado a aprobar un instrumento en el que consten los principales derechos de los trabajadores, a pesar de haber producido un interesante debate al respecto[4]. La Carta Social Andina fue aprobada a nivel de Ministros de Trabajo, pero no logró el consenso necesario en niveles superiores por lo que no fue sancionada con la jerarquía de Decisión, y de esta forma no pasó a formar parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Situación similar ocurrió con el Instrumento Andino de Administración del Trabajo que tampoco pasó a formar parte de dicho ordenamiento.

Igualmente se ha dispuesto la prohibición de la contratación de niñas, niños y adolescentes para la realización de actividades insalubres o peligrosas que puedan afectar su desarrollo físico y mental, pero se lo ha hecho en el marco de la Decisión 547, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo (artículo 28°), sin referirse al tema de la edad mínima con carácter general.

En sentido inverso, otras experiencias de integración han privilegiado el tratamiento de los derechos fundamentales, sin descuidar el tratamiento de las condiciones de trabajo, empleo y seguridad social. Es el caso de la OEA, el Mercado Común del Caribe – CARICOM, y el Mercado Común del Sur – MERCOSUR.

En cuanto a derechos fundamentales destaca CARICOM, que ha incorporado a sus normas de integración la totalidad de los derechos fundamentales en materia de trabajo, según la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT de 1998.

[4] Sobre el particular, véase ITURRASPE, Francisco, "Estado, Globalización, Integración y Derecho del Trabajo. Algunas ideas para introducir la discusión de la Carta Social Andina", en: Asesoría Laboral N° 42, Año IV, Lima Perú, junio de 1994, págs. 12-14.

En el caso de la OEA, han sido materia de incorporación todos los derechos fundamentales, salvo el de negociación colectiva. CARICOM destaca, asimismo, por ser la única experiencia de integración que ha recogido en su normativa la totalidad de los derechos fundamentales en el trabajo, de las condiciones laborales y de empleo, sin dejar de considerar los más importantes temas de administración del trabajo, seguridad social y órganos de promoción.[5]

El Mercado Común del Sur no incluye normas sobre condiciones de trabajo, salvo el caso de mecanismos de solución de controversias laborales, pero sí recoge todas las instituciones relativas al empleo.

En términos cuantitativos, puede señalarse que CARICOM es la experiencia que mayor número de previsiones en materia laboral contiene: 31, seguida de la OEA con 28 y de MERCOSUR con 17. La Comunidad Andina contiene 14 prescripciones laborales, en tanto que SICA contiene sólo 6.

La única institución laboral unánime, válida para la totalidad de experiencias de integración analizadas, es la de promoción del empleo.

Le siguen en cuanto al número de inclusiones la obligación de no discriminación y el tema de la protección de los trabajadores migrantes, la igualdad de remuneración y la seguridad social. Este último tema se explica en la medida que en estos acuerdos de integración en principio promueven la movilidad de bienes y servicios, para lo cual requieren de mano de obra protegida por la seguridad social.

[5] A los efectos del presente trabajo, se entiende por condiciones de trabajo: el derecho al trabajo, jornada de trabajo, descanso, remuneración, estabilidad en el trabajo, promoción o ascenso, normas especiales sobre trabajo mujeres, normas de protección a minusválidos, vacaciones, feriados, seguridad e higiene y mecanismos de solución de controversias laborales. En lo que a empleo se refiere, nos referimos a los temas de promoción del empleo, movilidad de la mano de obra o trabajadores migrantes, formación profesional y orientación vocacional. En lo atinente a administración del trabajo, las normas internacionales se han referido genéricamente a dicho tema y en forma específica a la inspección del trabajo. En materia de seguridad social, los instrumentos de integración tratan los temas de seguridad social en general, subsidios por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, indemnización por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, atención médica, auxilio funerario, protección contra la desocupación, protección contra la vejez y pensión de sobrevivientes.

1.1. Órganos de promoción en las experiencias de integración

La CAN, CARICOM y MERCOSUR han adoptado instrumentos normativos socio laborales específicos que recogen las líneas prioritarias de acción en sus respectivos ámbitos de integración.

a) CAN: Convenio Simón Rodríguez (junio 2001)

El primigenio Convenio Simón Rodríguez se suscribió en Caracas el 26 de octubre de 1973 y su Protocolo, en Cartagena de Indias el 12 de mayo de 1976. Este instrumento normativo Subregional ha recogido las líneas prioritarias de acción en el ámbito de integración sociolaboral en los países andinos.

El Protocolo Sustitutorio es menos explícito que el Convenio de 1973 en lo que se refiere a los ámbitos de actuación, pues mientras éste consideró como prioritarios diversos aspectos, así como precisó instrumentos para su logro, el Protocolo Sustitutorio no entra en esos detalles y opta por señalamientos de objetivos más genéricos que en realidad abarcan todos los temas sociolaborales que pudieran considerarse relevantes.

En efecto, el Protocolo Sustitutorio señala que son objetivos del Convenio:

a) Proponer y debatir iniciativas en los temas vinculados al ámbito sociolaboral que signifiquen un aporte efectivo al desarrollo de la Agenda Social de la Subregión.

b) Definir y coordinar políticas comunitarias referentes:
- al fomento del empleo;
- la formación y capacitación laboral;
- la salud y seguridad en el trabajo;
- la seguridad social;
- las migraciones laborales;
- otros temas que puedan determinar los Países Miembros.

c) Proponer y diseñar acciones de cooperación y coordinación entre los Países Miembros en la temática sociolaboral andina.

Como puede apreciarse, si bien se enfatizan diversos temas que en su momento fueron recogidos por el Convenio Simón Rodríguez de 1973, el Protocolo Adicional no contiene una lista cerrada de objetivos y -expresamente- deja abierta la posibilidad de adoptarse «otros temas que puedan determinar los Países Miembros». No obstante, debe llamarse la atención que nuevamente están ausentes la totalidad de principios y derechos fundamentales en el trabajo, a pesar que este Protocolo adicional es posterior a la Declaración de la OIT al respecto de 1998.

Y justamente a este respecto es que el Protocolo Adicional aporta la mayor novedad pues a diferencia del Convenio de 1973 establece una estructura orgánica y un sistema de adopción de decisiones radicalmente distinto. En efecto, de un organismo en que las decisiones eran adoptadas exclusivamente por los ministros de Trabajo, se adopta una estructura de naturaleza tripartita y paritaria, reafirmándose un compromiso con el diálogo social institucionalizado.

Así, se ha establecido que el Convenio está conformado por tres órganos: la Conferencia, las Comisiones Especializadas de Trabajo y la Secretaría Técnica (Artículo 3°). La Conferencia es la instancia máxima y se expresa a través de Recomendaciones que son adoptadas sólo por consenso, estando integrada por los Ministros de Trabajo de los Países Miembros, y los Coordinadores de los Capítulos Nacionales del Consejo Consultivo Empresarial Andino, así como los Coordinadores de los Capítulos Nacionales del Consejo Consultivo Laboral Andino (Artículo 4°).

Entre las funciones de la *Conferencia* destaca la de adoptar Recomendaciones conducentes al logro de los objetivos señalados en el Convenio, que pueden ser incorporadas a la legislación comunitaria andina por intermedio del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, quienes son los que evalúan la adopción de las correspondientes Decisiones (artículos 6° y 8°).

Este es un cambio trascendental y sin precedentes en la normativa laboral de la Comunidad Andina, pues tal Conferencia del Convenio Simón Rodríguez viene a constituirse en un órgano tripartito y paritario con poder normativo, esto es, para establecer normas jurídicas de carácter vinculante. Ello reafirma el diálogo social y la negociación voluntaria como el mejor camino para encontrar soluciones que favorezcan a todas las partes involucradas, sobre todo si se tiene en cuenta que el

Artículo 6° establece que la Conferencia actuará por consenso en el cumplimiento de sus funciones.

Por su parte, también se ha establecido el carácter tripartito de las *Comisiones Especializadas de Trabajo*, que deberán estar integradas por los representantes designados por los Ministerios de Trabajo y por los Consejos Consultivos Empresarial y Laboral Andinos. Asimismo se establece que estas Comisiones pueden invitar a participar en sus debates, sin derecho a voto, a organismos internacionales y a organizaciones e instituciones de la sociedad civil vinculadas con los temas objeto de análisis (Artículos 9° y 10°).

Estas Comisiones tienen como función preparar documentos e informes que solicite la Conferencia, celebrar reuniones de trabajo, presentar informes periódicos a la Conferencia, así como realizar las demás actividades y estudios que la Conferencia le encomiende (Artículo 11°).

La *Secretaría Técnica* del Convenio es la instancia de coordinación y apoyo del Convenio y tiene entre sus funciones la de elaborar propuestas de Recomendaciones para la Conferencia, proponer a la Conferencia las medidas necesarias para el adecuado cumplimiento de los objetivos del Convenio, atender los encargos de la Conferencia y de las Comisiones Especializadas de Trabajo, proponer el programa anual de actividades, así como las demás funciones que le encomiende la Conferencia.

Debe tenerse en cuenta que el Protocolo Sustitutorio del Convenio Simón Rodríguez sólo entrará en vigencia cuando todos los Países Miembros hayan efectuado el depósito del instrumento de ratificación. Este Protocolo sustituye el texto del Convenio Simón Rodríguez firmado en 1973 así como el texto de su Protocolo firmado en 1976.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que la Decisión 441, de 26 de julio de 1998, creó el Consejo Consultivo Laboral Andino, como consecuencia de las directrices del Consejo Presidencial Andino que buscaron una mayor participación del sector laboral en el proceso de integración.

Este Consejo está integrado por cuatro delegados de cada uno de los Países Miembros. Sus funciones son: a) emitir opinión ante el Consejo Andino de Minis-

tros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General, sobre los temas de su interés; b) asistir a las reuniones de expertos gubernamentales o grupos de trabajo vinculados a sus actividades; y, c) participar con derecho a voz en las reuniones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina.

Por otra parte, mediante la Decisión 442, de la misma fecha, se establecieron las mismas funciones para el Consejo Consultivo Empresarial Andino.

b) CARICOM: Declaración de Principios Laborales y de Relaciones Industriales (Caricom Declaration of Labour and Industrial Relations Principles)

Esta experiencia de integración ha adoptado expresos acuerdos para la armonización de las relaciones laborales en los distintos países que conforman la Comunidad del Caribe. Es así que cuenta con varios instrumentos específicos de naturaleza laboral, como la Declaración de Principios Laborales y de Relaciones Industriales *(CARICOM Declaration of Labour and Industrial Relations Principles)*, aprobada por la Trigésima Reunión del Comité Permanente de Ministros de Trabajo, en Nassau, Bahamas, el 28 de abril de 1995. Esta Declaración regula la mayor parte de los temas laborales más importantes.

Adicionalmente, CARICOM ha avanzado incluso en la elaboración de detallados modelos de legislación sobre salud ocupacional y medio ambiente de trabajo *(Caricom Model La WHO Occupational Safety and Health and Working Environment)*; conflictos de trabajo, huelga y *lock out (Caricom Model Law on Protection of Workers during Industrial Action)*; y un borrador de legislación laboral sobre tres de sus instituciones centrales: a) la terminación de la relación de trabajo; b) el registro y reconocimiento de sindicatos y de organizaciones de empleadores, así como del derecho de negociación colectiva; y, c) la igualdad de oportunidades y no discriminación en el empleo *(Draft Model Labour Legislation Regarding: (i) Termination of Employment; (ii) Registration, Status and Recognition of Trade Unions and Employers Organisation; (iii) Equality of Opportunity and Non-discrimination in Emloyment)*.

La indicada Declaración de Principios Laborales y de Relaciones Industriales fue aprobada en abril de 1995 y regula los temas de: a) libertad sindical; b) negociación colectiva; c) no discriminación en el empleo; d) política de empleo (así han

denominado al capítulo que regula diversos temas de los derechos fundamentales, condiciones de trabajo y empleo); e) administración del trabajo; f) solución de conflictos y huelga; y, g) tripartismo y consultas.

En cuanto a la libertad sindical, la Declaración reconoce el derecho de los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción, de constituir o afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes. Así mismo, se prescribe que tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos sin ninguna interferencia de las autoridades públicas tendente a restringir o impedir su ejercicio. De igual forma, se prohíbe que las organizaciones sindicales de trabajadores estén bajo el control de organizaciones de empleadores o que sean apoyadas a través de su financiamiento.

La Declaración reconoce también la protección que deberán gozar los representantes de las organizaciones sindicales contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluyendo el despido, siempre que actúen conforme a las leyes vigentes y a los convenios acordados mediante negociación colectiva.

Respecto del derecho de negociación colectiva, la Declaración reconoce el derecho de trabajadores y empleadores de negociar libremente para el establecimiento de los términos y condiciones de trabajo, sin injerencia de las autoridades públicas. Se subraya la importancia de la negociación voluntaria para la fijación de las condiciones de empleo a través de convenios colectivos. De igual forma, se prescribe la obligación de los Estados Miembros de establecer mecanismos y procedimientos para el reconocimiento de las organizaciones de trabajadores basado en la libre elección de sus integrantes con el propósito de negociar colectivamente. Así mismo, se establece la obligación de ambas partes de negociar de buena fe, así como de proporcionar la información necesaria a los representantes de los trabajadores, respecto de las circunstancias económicas y financieras de la unidad de negociación correspondiente.

En lo que respecta a la obligación de no discriminación, la Declaración hace énfasis en la igualdad de oportunidades y de trato respecto del empleo y de la ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación basada en raza, color, sexo, religión, opinión política, nacionalidad u origen social. A este respecto, la Declaración establece también el principio de igualdad de remuneración para hombres y mujeres que realicen el mismo trabajo. Así mismo, se establece la obliga-

ción de los Estados de establecer medidas especiales de protección para grupos desvalidos, sin que pueda ejercerse discriminación de algún tipo.

Dentro del capítulo referente a la Política de Empleo, la Declaración ha agrupado diversas instituciones de los derechos fundamentales, condiciones de trabajo y empleo.

Así, en cuanto al derecho al trabajo se estipula que de él deben gozar todos los ciudadanos en base a su libre elección, para lo cual los Estados Miembros deben desarrollar políticas y programas de orientación vocacional y formación profesional.

De igual forma, se establece el derecho de los ciudadanos a vivir y trabajar en el país que ellos elijan dentro de la Comunidad, de acuerdo a la legislación de cada país.

Se establece también la prohibición del trabajo forzoso en beneficio de individuos, compañías y asociaciones privadas; así como emplear a niños menores de quince años.

La Declaración, en lo que respecta al descanso, señala que los Estados Miembros deben promover y proteger el derecho de todos los trabajadores, en cualquier lugar de sus territorios, al descanso y al tiempo libre, incluyendo limitaciones al tiempo de trabajo y a días feriados retribuidos.

En lo que respecta al pago de las remuneraciones, se establece que, salvo las excepciones establecidas en la ley o aquellas dispuestas por las autoridades competentes, las remuneraciones deben ser pagadas en dinero de curso legal y directamente a los trabajadores, a menos que hayan acordado algo en contrario.

Se establece, así mismo, el principio de protección de las remuneraciones estableciéndose que las deducciones se permiten sólo en determinadas situaciones prescritas por las legislaciones nacionales o aquellas reguladas por convenios colectivos o laudos arbitrales, o cuando el trabajador haya acordado se le efectúen tales deducciones. En ese mismo sentido, la Declaración añade que las remuneraciones están protegidas contra su incautación o transferencia dentro de los límites establecidos por la legislación nacional y, en cualquier caso, deben ga-

rantizar el mantenimiento del trabajador y de su familia. Igualmente, la Declaración establece que las remuneraciones tienen la calidad de crédito privilegiado en caso de quiebra o liquidación judicial o insolvencia del empleador, debiendo pagarse aquéllas íntegramente antes que los demás créditos ordinarios.

En lo tocante a la terminación de la relación de trabajo, la Declaración establece que no puede ponerse fin al empleo de un trabajador a menos que exista una razón válida concerniente a su capacidad o conducta, o basada en requerimientos operacionales de la empresa. Se señala, así mismo, que cuando se deba poner fin al empleo de un trabajador, se le deberá conceder la oportunidad de rebatir los cargos que se hayan formulado en su contra, a menos que razonablemente el empleador no pueda otorgar tal oportunidad. Adicionalmente, se prescribe que los trabajadores que se consideren agraviados puedan reclamar ante un cuerpo imparcial.

Cuando se trate de terminación de relaciones de trabajo por razones económicas, tecnológicas, estructurales o análogas, el empleador debe proporcionar a los representantes del sindicato, o a los trabajadores en caso de que no existan representantes, la información relevante incluyendo las razones para la terminación de las relaciones de trabajo concernidas, indicando el número y categorías de trabajadores afectados y el período durante el cual quedarán sin efecto. Así mismo, el empleador deberá otorgarles la oportunidad de considerar medidas que podrían impedir o minimizar la terminación de relaciones de trabajo, o tender a mitigar sus efectos adversos, así como tratar de encontrar empleos alternativos.

En cualquier caso, señala la Declaración, deberán tomarse medidas tendentes a que las partes impidan o minimicen hasta donde sea posible la reducción de la fuerza de trabajo, sin perjuicio de la eficiencia en las operaciones de la empresa. Igualmente, se establece que si la reducción de la fuerza de trabajo es significativa para la situación de la mano de obra en determinada área o rama de actividad económica, el empleador deberá notificar a las autoridades competentes en forma anticipada a la reducción. Se prescribe también que los trabajadores afectados con la reducción de la fuerza de trabajo tendrán derecho prioritario de recontratación hasta donde sea posible, en los casos que el empleador decida contratar trabajadores nuevamente.

Finalmente, se indica que las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen la responsabilidad conjunta de acordar determinadas bases de procedimientos apropiados para el reclutamiento y la terminación en el empleo, que protejan los intereses de trabajadores y empleadores.

De la misma forma, la Declaración concede la responsabilidad a las partes de promover la capacitación y el desarrollo de perspectivas de carrera de los trabajadores y de su productividad, con el objeto de contribuir al desarrollo social y económico a nivel nacional.

En lo que respecta a la salud y seguridad ocupacional, la Declaración establece que los Estados Miembros deberán formular una política nacional acompañada de la legislación necesaria para proteger la salud y seguridad ocupacional y las condiciones y medio ambiente de trabajo. Se prescribe, asimismo, que los empleadores deberán promover un medio ambiente seguro y saludable, en tanto que los trabajadores deberán realizar su labor de acuerdo con las reglas y regulaciones al respecto.

El tema de seguridad social es también tratado en la Declaración, recordando a los Estados Miembros su obligación de establecer sistemas de seguridad social viables en los que sus contribuciones y beneficios estén basados en cálculos actuariales y en fondos de inversión en negocios que permitan una seguridad social sustentable de largo plazo.

Adicionalmente, la Declaración establece la obligación de los Estados Miembros de proteger el derecho a la seguridad social de los nacionales de la Comunidad del Caribe que se desplacen a otros Estados Miembros por razones de trabajo. Para tal efecto, dichos Estados deben lograr recíprocos acuerdos para proveer beneficios provenientes de las contribuciones y de la legislación aplicable. Estos temas han sido objeto de mayor desarrollo en el Acuerdo sobre Seguridad Social del CARICOM suscrito en 1996.

En lo que respecta a la huelga, la Declaración señala que cuando los trabajadores recurran a ella, ésta deberá ser pacífica y cumplir las previsiones de los convenios colectivos, decisiones arbitrales y leyes aplicables. Así mismo, se dispone que las partes comprendidas en cualquier disputa eviten recurrir a prácticas laborales injustas incluyendo acciones intimidatorias. Para el caso de huelgas o

lock out espontáneos e intempestivos, la Declaración dispone que las partes deban efectuar sus mayores esfuerzos para reasumir en forma inmediata las labores y resolver rápidamente el problema según lo acordado o según los procedimientos aplicables.

En la Declaración se trata también el tema de los servicios esenciales, disponiéndose que las disputas en tales servicios sean resueltas por negociación directa entre las partes. Si las negociaciones fracasan, las partes deberán someterse a procedimientos de conciliación, mediación o arbitraje, con la debida garantía de celeridad, independencia e imparcialidad.

Finalmente, la Declaración se refiere a la consulta y tripartismo, señalándose que constituyen elementos esenciales del sistema de relaciones laborales en la región del Caricom, la promoción de la negociación colectiva, la consulta y el tripartismo. Así mismo se indica que no puede interpretarse que la consulta o el tripartismo pueda utilizarse como sustituto de la negociación colectiva.

c) MERCOSUR: Declaración Sociolaboral del MERCOSUR (1998)

Este instrumento suscrito por los presidentes de los Países Miembros en la ciudad de Río de Janeiro, en diciembre de 1998, precisa los preceptos fundamentales que deben regir la relación laboral en el marco del MERCOSUR.

En primer lugar, se regulan los derechos fundamentales. Así el artículo 1° garantiza la igualdad efectiva de derechos, tratamiento y oportunidad en el empleo y ocupación, sin distinción de nacionalidad, color, sexo, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otro tipo de condición social o familiar.

A fin de promover dicha igualdad, el artículo 2° señala que las personas que cuenten con necesidades especiales deben ser tratadas en forma digna y no discriminatoria, favoreciéndose su inserción en la sociedad y en el mercado de trabajo.

Con el mismo fin de promover la igualdad en el trabajo, el artículo 3° de esta Declaración señala que los Estados Parte se comprometen a garantizar la igualdad de tratamiento entre mujeres y hombres.

En este mismo sentido, el artículo 4° establece que todos los trabajadores migrantes, independientemente de su nacionalidad, tienen derecho a gozar de la protección y de las mismas condiciones de trabajo que las reconocidas a los nacionales del país en que están prestando sus servicios.

Respecto a la eliminación del trabajo forzoso, el artículo 5° nos señala que los Estados Parte se comprometen a eliminar toda forma de trabajo o servicios exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para lo cual dicho individuo no se ofreciera voluntariamente.

El artículo 6° precisa que los Estados Parte de la Declaración se comprometen a adoptar políticas y acciones que conduzcan a la eliminación del trabajo infantil; así mismo se indica que el trabajo de los menores será objeto de protección especial por los Estados Parte.

El artículo 7° reconoce el derecho de los empleadores a organizar y dirigir sus empresas de conformidad con la legislación y las prácticas de cada nación.

Con respecto a los derechos colectivos, la Declaración establece en su artículo 8° el derecho fundamental a constituir las organizaciones sindicales que consideren convenientes, así como la posibilidad de afiliarse a esas organizaciones. El artículo 9° garantiza a los trabajadores la protección contra todo acto de discriminación por motivos de afiliación a una organización sindical.

De otra parte, el artículo 10° reconoce el derecho de los trabajadores a negociar y celebrar convenios y acuerdos colectivos para regular las condiciones de trabajo.

El artículo 11° reconoce el derecho de huelga que tienen todos los trabajadores, debiéndose ejercer conforme a las disposiciones de cada país.

Según lo establece el artículo 12°, los Estados Parte se comprometen a propiciar y desarrollar formas preventivas y alternativas de autosolución de los conflictos individuales y colectivos de trabajo. Igualmente, el artículo 13° se refiere al compromiso de los Estados Parte a fin de fomentar el diálogo entre los representantes de los sectores sociales con el objeto de garantizar el consenso social.

En el artículo 14° se hace constar el compromiso e los Estados de promover el crecimiento económico con el objeto de fomentar el empleo en beneficio de la población.

En el artículo 15° se indica que los Estados Parte se comprometen a crear mecanismos que protejan a los desempleados, mientras subsista el período de desocupación involuntaria.

De otro lado, el artículo 16° reconoce el derecho de los trabajadores a la orientación, formación y capacitación laboral. Así mismo, reconoce que todo trabajador debe laborar en un ambiente sano y seguro, según lo indica el artículo 17°.

1.2. La administración del trabajo

El tema de la administración del trabajo en las experiencias de integración ha sido recogido por la CAN, tanto en lo que se refiere a la administración del trabajo en general, como en lo atinente a la inspección del trabajo. En tanto que las normas de CARICOM se han referido a la administración del trabajo en general y las de MERCOSUR a la inspección del trabajo. Las normas de la OEA y SICA no se refieren a estos temas.

a) CAN

En lo que respecta a la CAN, la VII Reunión Ordinaria de la Conferencia de Ministros del entonces Grupo Andino, efectuada en Caracas en noviembre de 1982, se trató ampliamente la administración del trabajo y aprobó un instrumento. Éste tiene la virtud de unificar definiciones relativas al tema, determinar sus fines y medios de acción, fijar las responsabilidades del sistema de administración del trabajo, señalar una estructura básica de los ministerios del Trabajo, así como indicar las principales funciones de cada uno de sus organismos.

Así, se asignó importantes objetivos a la administración del trabajo de la subregión. El artículo 2° del indicado instrumento señaló que las administraciones de trabajo debían cumplir el papel de promover lo siguiente: a) la justicia social en las relaciones laborales, desarrollando una acción de asesoramiento e información de los interlocutores sociales; b) el progreso del derecho laboral y social, y garantizar el cumplimiento de sus normas; c) la ampliación de la protección del derecho

laboral y de la administración del trabajo a sujetos y bienes jurídicos actualmente desprotegidos o excluidos; d) el mejoramiento de las condiciones y del medio ambiente de trabajo y fomentar acciones dirigidas a la promoción social y laboral, y al mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores y de sus familias; e) una activa participación de empleadores y trabajadores en la formulación, ejecución y administración de la políticas sociolaboral en su concepción más amplia, implantando con este fin mecanismos de consulta y colaboración que fortalezcan el tripartismo en el ámbito de la administración del trabajo en los Países Miembros; f) la incorporación de las normas contenidas en los Convenios y Recomendaciones de la OIT en las respectivas legislaciones nacionales; g) la evaluación de las nuevas tecnologías que se adopten, cuya incorporación puede tener efectos sobre los niveles de empleo, de salarios y de condiciones de vida y de trabajo; h) la presencia oportuna en las etapas de preparación, formulación y ejecución de planes de desarrollo económico y social; i) la definición de la política sociolaboral, incorporando a su diseño los elementos que faciliten su armonización.

Igualmente, este Instrumento andino se ocupó de los objetivos de la inspección del trabajo a cargo de los ministerios de Trabajo de la Subregión. Así, el artículo 17° precisó que en tales ministerios se debería organizar y poner en funcionamiento unidades de inspección del trabajo, de conformidad con las disposiciones contenidas en los Convenios de la OIT núms. 87 y 129, y las Recomendaciones núms. 81 y 133.

Se precisó, igualmente, las principales responsabilidades de la inspección del trabajo: a) velar por el cumplimiento de las disposiciones legales, contratos colectivos y laudos arbitrales relativos a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores; b) facilitar información técnica y asesorar a los trabajadores y empleadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones laborales; y, c) poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales.

Este instrumento señaló, además, una estructura básica que podrían adoptar los ministerios de Trabajo en la Subregión.

b) CARICOM

En el caso de CARICOM, el capítulo VI de la Declaración de Principios Laborales y de Relaciones Industriales contiene prescripciones sobre el sistema de administración del trabajo con que debe contar cada uno de los miembros de la Comunidad del Caribe.

La Declaración señala la obligación de los Estados Miembros, de acuerdo a las condiciones nacionales, de garantizar la organización y la operación efectiva en sus territorios de un sistema de administración del trabajo con funciones y responsabilidades apropiadamente coordinadas. Se dispone que las autoridades competentes del sistema de administración del trabajo sean las responsables de la preparación, administración, coordinación y revisión de la política nacional al respecto. Dentro de su ámbito, tales autoridades deben responsabilizarse de la preparación de leyes y regulaciones que concreten dicha política.

Se hace énfasis en que el sistema de administración del trabajo debe basarse en la consulta, cooperación y negociación entre las autoridades públicas y las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, tanto en el ámbito local, como en el nacional o regional, según resulte apropiado.

Se señala también que el personal que conforma la administración del trabajo debe ser debidamente calificado y gozar de remuneraciones comparables dentro de sus respectivos países, tener acceso a capacitación e independencia de influencias externas impropias en el cumplimiento de sus funciones. Los Estados Miembros deben asegurar que ellos cumplan su labor con imparcialidad, independencia profesional e integridad.

En lo que se refiere a la solución de conflictos, se ha establecido que en caso de quejas, diferencias o disputas entre las partes sociales, debe aplicarse procedimientos tendentes a un acuerdo, y sólo emplearán la huelga y el *lock out* como último recurso después de haber aplicado todas las medidas y procedimientos incluyendo la negociación, conciliación y mediación. Para este efecto, la Declaración dispone la obligación de los Estados Miembros de mantener disponible, para las partes sociales, apropiadas facilidades para la pronta solución de los conflictos laborales, incluyendo la negociación, conciliación, mediación y arbitraje.

La Declaración dispone también que las partes sociales deban evitar recurrir a la huelga respecto de asuntos provenientes de la interpretación y aplicación de los términos de convenios colectivos, en cuyo caso deberán ser resueltos a través de la negociación de buena fe, conciliación, mediación o arbitraje.

En ese sentido, se prescribe que las partes deberán honrar el espíritu y sustancia de sus acuerdos libremente adoptados y aceptar como obligatorios los resultados provenientes de procedimientos de arbitraje.

c) MERCOSUR

La experiencia de integración de MERCOSUR, a través del artículo 18° de su Declaración Sociolaboral, señala que la inspección del trabajo debe ser materia de regulación para el control del cumplimiento de las disposiciones normativas que protegen a los trabajadores.

1.3. Los órganos de control en las experiencias de integración

En cuanto a los órganos de control, sólo la OEA y MERCOSUR prevén su existencia. En los casos de la OEA y MERCOSUR, se incluyen órganos de control, diferenciándose de los de promoción en la medida que disponen de mayores competencias y funciones para pronunciarse sobre disputas por incumplimiento o interpretación de las normas de integración que los rigen. Estamos pues frente a un sistema jurisdiccional *supra* nacional cuyas decisiones en última instancia deben aplicarse en forma obligatoria.

a) OEA

En el caso de la OEA, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuenta con dos órganos para la protección de esos derechos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, regulada en la Carta de la OEA, además de sus funciones de promoción, observación *in loco* y estudios de países, está facultada para el examen de casos mediante la recepción de denuncias de particulares en las que se alegue la violación de los derechos huma-

nos, incluidos los laborales. Así mismo, tiene facultades de actuación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos al estar legitimada para someter casos contenciosos según su decisión. Puede también solicitar de la Corte medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia, para evitar daños irreparables a las personas en casos aún no sometidos a la decisión de la Corte.

No obstante, la admisibilidad de una petición está condicionada a que se haya interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna de cada Estado Miembro.

La *Corte Interamericana de Derechos Humanos* tiene competencia para conocer de casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De conformidad con lo establecido por los artículos 67° y 68.1 de la Convención, los Estados Parte deben cumplir las decisiones de la Corte, que son definitivas e inapelables. Si bien la Convención no establece mecanismos concretos para fiscalizar la ejecución de sentencias de la Corte, el artículo 65° señala que, en su informe anual a la Asamblea General, la Corte "de manera especial y con las recomendaciones del caso, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos", lo que ofrece una ocasión a la Asamblea para discutir el asunto. Aun cuando la Asamblea carece de poderes para adoptar resoluciones coactivas frente a los Estados Miembros, sus decisiones tienen considerable peso político, moral y frente a la opinión pública.

Como se sabe, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, e incluye dentro de su normativa dos de los más importantes derechos humanos fundamentales en materia de trabajo: a) la libertad de asociación con fines laborales (artículo 16°); y, b) la prohibición del trabajo forzoso (artículo 6°, numeral 2). Adicionalmente, aunque de manera general para todos los ciudadanos, se reconoce varios derechos que tienen directa relación con temas laborales, como son las garantías judiciales (artículo 8°), la libertad de pensamiento y de expresión (artículo 13°), el derecho de reunión (artículo 15°), la igualdad ante la ley (artículo 24°) y el derecho a la protección judicial (artículo 25°).

Luego tenemos el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), adoptado el 17 de noviembre de 1988.

En lo que respecta a derechos fundamentales, el Protocolo se refiere a la libertad sindical, al derecho de huelga, a las restricciones en la jornada de trabajo de menores de edad, la obligación de no discriminación y la igualdad de remuneración.

En lo relativo a condiciones de trabajo, este instrumento alude al derecho al trabajo; jornada de trabajo; descanso, vacaciones y feriados; remuneración digna y decorosa; estabilidad en el trabajo; derecho a la promoción y ascenso; efectivo derecho al trabajo de la mujer y licencia retribuida en caso de maternidad; proyectos de generación de trabajo para minusválidos; seguridad e higiene en el trabajo.

Así mismo contiene diversas prescripciones en materia de empleo y seguridad social.

b) MERCOSUR

En el caso de MERCOSUR, según el Protocolo para la Solución de Controversias (1991), los Estados Parte someten sus diferencias al Grupo Mercado Común, que puede efectuar recomendaciones directas a las partes para la solución del diferendo, pudiendo establecer paneles de expertos o grupos de peritos a fin de contar con asesoramiento técnico adecuado.

Si no se llega a ninguna conclusión, debe elevarse la controversia al Consejo del Mercado Común con el objeto de que adopte las recomendaciones pertinentes, las mismas que, no tienen efecto vinculante para las partes. Por tal razón no se ha previsto la posibilidad de imposición de multas u otras sanciones para la Parte infractora.

De otra parte, de acuerdo con el artículo 20° de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, ha sido creada la *Comisión Sociolaboral*, de carácter tripartito, de carácter promocional, no sancionatorio, en doble instancia, la Comisión Regional y las respectivas Comisiones Nacionales.

La Comisión Sociolaboral Regional está encargada de las siguientes funciones: a) examinar, comentar y encaminar las memorias preparadas por los Estados Parte, derivadas de los compromisos de la Declaración; b) formular planes, programas de acción y recomendaciones tendentes a fomentar la aplicación y el

cumplimiento de los dispositivos contenidos en la Declaración; c) examinar las observaciones y consultas sobre dificultades e incorrecciones en la aplicación y cumplimiento de los dispositivos contenidos en la Declaración; d) examinar las dudas sobre la aplicación de los términos de la Declaración y proporcionar esclarecimientos; e) elaborar análisis y actas sobre la aplicación y el cumplimiento de la Declaración; y, f) examinar y instruir las propuestas de modificación del texto de la Declaración y encaminarlas pertinentemente.

II. LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

En los años 90 cobran una fuerte presencia los esquemas referidos a la libertad de comercio internacional, conjuntamente con el propósito de evitar la existencia de desequilibrios fundados en una disímil protección laboral que pueden dar origen al denominado "*dumping* social". Así, en los tratados de libre comercio se busca vincular lo laboral al libre comercio, convirtiéndose de esta manera en uno de sus elementos que los conforma. Como se sabe el *dumpig* social ha sido definido como la existencia de ventajas indebidas de un Estado sobre otro en el plano de las relaciones comerciales y derivadas de un tratamiento desigual de los derechos de los trabajadores. Más específicamente, de lo que se trata es que un Estado no puede ofrecer en el mercado internacional un producto más barato que otro Estado competidor, en base a que se ha elaborado dicho producto con infracción de los derechos de los trabajadores. Este tipo de "cláusulas sociales" se han terminado imponiendo a través de la vía bilateral de los Tratados de Libre Comercio. En estos casos "estamos ante una norma porque hay un mandato, y (...) se deben respetar los derechos seguidos de una sanción que es la infracción, que acarrea pérdida de ventajas y eventualmente la rescisión del propio Acuerdo."[6]

Los Acuerdos Laborales y tratados de libre comercio son los siguientes: 1) el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN) (setiembre **1993**), anexo al Tratado de Libre Comercio de Canadá, México y los Estados Unidos de América (diciembre 1992); 2) El Acuerdo de Cooperación Laboral de Canadá y Chile ACLCC, anexo al Tratado de Libre Comercio suscrito entre ambos países (julio **1997**); 3) el Acuerdo de Cooperación Laboral de Canadá y Costa Rica ACLCCR, anexo al Tratado de Libre Comercio entre ambas naciones

[6] NEVES MUJICA, Javier, "Derechos laborales y empleo en el Tratado de Libre Comercio", en El Trabajo y el Empleo en los Tratados de Libre Comercio, Comunidad Andina, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, OIT, Lima, 2004, pág. 77 y siguientes.

(noviembre **2002**); 4) Tratado de Libre Comercio de los Estados Unidos de América y Chile (TLC USA-Chile), en el que lo laboral ha sido incorporado en el propio texto del TLC (enero **2004**), con lo que se abandona la modalidad de convenir un Acuerdo de Cooperación Laboral anexo al correspondiente tratado.[7]

2.1. Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN-1993)

En primer término hay que señalar que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte fue suscrito en diciembre de 1992 entre Canadá, Estados Unidos y México, lo que permitió el libre flujo de bienes y servicios entre sus territorios, mas no estableció el libre tránsito de personas. En esa oportunidad no se incorporaron al Tratado normas de naturaleza laboral.

Posteriormente, el 14 de setiembre de 1993, a instancias de la AFL-CIO (Asociación Americana del Trabajo – Congreso de Organizaciones Industriales) y del Partido Demócrata Norteamericano, se suscribió el denominado Acuerdo Paralelo de Cooperación Laboral, cuyo objetivo principal es lograr el cumplimiento de las normas laborales en cada país y bajo las condiciones señaladas en su respectiva legislación interna, a través de una detallada relación de importantes principios laborales.

Según se puede apreciar del texto del indicado Acuerdo de Cooperación Laboral, todos los derechos fundamentales han sido objeto de consistente tratamiento. De igual forma han sido recogidos algunos derechos relativos a las condiciones de trabajo y empleo. El tema de la administración del trabajo no ha sido tratado. La seguridad social tampoco, salvo en lo referente a la indemnización por lesiones o enfermedades de trabajo.

Los derechos del Acuerdo Laboral del TLC de América del Norte, que aparecen en su Anexo N° 1, son los siguientes:

1) Libertad de asociación y protección del derecho a organizarse
2) Derecho a la negociación colectiva

[7] Al momento de elaboración del presente artículo no había culminado el trámite de aprobación en el Congreso de los Estados Unidos del TLC. USA y Centroamérica, por lo que no se ha incluido en el análisis.

3) Derecho de huelga
4) Prohibición del trabajo forzado
5) Restricción al trabajo de menores
6) Condiciones mínimas de trabajo (salario mínimo y pago por tiempo extra)
7) Eliminación de la discriminación en el empleo
8) Salario igual para hombres y mujeres
9) Prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales
10) Indemnizaciones en caso de lesiones y enfermedades ocupacionales
11) Protección de trabajadores migrantes

No obstante, el sistema de solución de controversias regulado en el ACLAN (artículos 27° al 41°), se refiere a los casos en que no se hubiese llegado a una solución sobre una persistente omisión en la aplicación efectiva de sus normas técnicas laborales, pero sólo si se trata de un asunto que invoque el incumplimiento de normas relativas al:

a) trabajo de menores;
b) al pago inferior al salario mínimo; o,
c) a problemas de seguridad e higiene.

En estos casos se podrá iniciar otro proceso de consultas, que posibilita que el proceso de solución de controversias continúe hasta el final.

Así se advierte de los artículos 27°, 36° b), 38° y 39°.1, que reiteran que sólo en esos casos se aplica el procedimiento.

Si el asunto no se resuelve en un plazo de sesenta (60) días posteriores a la reunión del Consejo Ministerial (órgano máximo de la Comisión para la Cooperación Laboral), el artículo 29° determina que a solicitud de cualquiera de las partes consultantes, el Consejo puede decidir, mediante el voto de dos terceras partes de sus miembros, convocar a un panel arbitral que finalmente hará un estudio del problema y propondrá una solución.

Las partes pueden acordar un plan de acción según las recomendaciones del panel de árbitros. Pero si no se llega a un acuerdo sobre un Plan de Acción o si no se cumple plenamente con el Plan establecido, el panel de árbitros se reúne de nuevo y puede imponer una contribución monetaria al país que no cumple con

hacer efectivas sus normas laborales, mediante el pago de una multa. Si no se paga la multa, se suspende a la Parte en sus derechos respecto de la aplicación del Tratado de Libre Comercio por un importe igual a la multa.

La suspensión concluye si el país infractor acredita haber cumplido con las normas supuestamente violadas o si paga la multa.

En materia de solución de controversias el Acuerdo ha sido evaluado por los trabajadores y los empleadores como lento, burocrático y extremadamente complejo.

2.2. El Acuerdo de Cooperación Laboral de Canadá y Chile (ACLCC-1997)

El Acuerdo de Cooperación Laboral suscrito entre Canadá y Chile fue celebrado en la ciudad de Ottawa, el 6 de febrero de 1997 y tiene como fuente de inspiración directa el Acuerdo de de Cooperación Laboral suscrito en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre Canadá, Estados Unidos de Norteamérica y México. Por esta razón, los derechos o temas tratados, así como su estructura, se asemejan casi en forma literal a aquél, con muy ligeras variantes.

Según se puede apreciar del texto del indicado Acuerdo, al igual que en el caso del Acuerdo Paralelo de Cooperación Laboral de América del Norte, todos los derechos fundamentales han sido objeto de consistente tratamiento. De igual forma han sido recogidos algunos derechos relativos a condiciones de trabajo y empleo. El tema de la administración del trabajo no ha sido tratado. La seguridad social tampoco, salvo en lo referente a la indemnización por lesiones o enfermedades de trabajo.

En lo que respecta a la solución de controversias, regulada en los artículos 25° al 38°, se refiere al caso en que no se hubiese llegado a una solución. Sólo se podrá iniciar un proceso de consultas con la otra parte si se trata de un asunto que invoque el incumplimiento de:

a) normas relativas a seguridad e higiene en el trabajo;
b) trabajo infantil; o,
c) salarios mínimos.

Si el asunto no se resuelve en un plazo de 60 días posteriores a la reunión del Consejo, a solicitud de cualquiera de las Partes consultantes, este órgano podrá convocar un panel arbitral que finalmente hará un estudio del problema y propondrá una resolución. De ella podrá derivar una contribución monetaria para el país que no cumple con hacer efectivas sus normas laborales.

En el anexo N° 1 se incluyen los principios laborales que las partes se comprometen a promover bajo las condiciones señaladas en sus respectiva legislación interna. Tales principios son los mismos que los señalados para el caso del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN) (setiembre 1993), anexo al Tratado de Libre Comercio de Canadá, México y los Estados Unidos de América.

2.3. Acuerdo de Cooperación Laboral de Canadá y Costa Rica (ACLCCR), anexo al Tratado de Libre Comercio entre ambas naciones (noviembre 2002)

El Acuerdo de Cooperación Laboral entre Canadá y Costa Rica es, al igual que los dos precedentes, independiente del Tratado de Libre Comercio firmado por ambos países el año precedente (2001) y no se diferencia mucho del Tratado entre Canadá y Chile, aunque es importante destacar que es el primero que se suscribe con posterioridad a la Declaración de la OIT.

El Acuerdo establece el compromiso de las partes de "respetar y promover los Derechos Fundamentales en el Trabajo reconocidos en la Declaración de la OIT de 1998: Libertad de asociación y protección del derecho a organizarse; derecho a la negociación colectiva; derecho de huelga; prohibición del trabajo forzoso; protección en el trabajo para los niños y los jóvenes; eliminación de la discriminación e igualdad de remuneración para hombres y mujeres".

También se comprometen a promover, conforme a la legislación nacional de cada Parte, "... las normas laborales mínimas; la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y la indemnización en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales".

El Acuerdo no establece ni sanciones comerciales ni multas en caso de violación sistemática de estos compromisos, pero sí establece un mecanismo de revi-

sión constituido por un panel de tres personas independientes que examinará cada denuncia de violación y que elaborará un informe inicial y otro final. En caso se compruebe la violación sistemática por una de las Partes y ésta no adopte medidas al respecto, la otra Parte podrá suspender el Acuerdo de Cooperación.

En este caso el Anexo N° 1, cambia respecto de los anteriores. Se le denomina "Principios y derechos fundamentales del trabajo", y se señala la obligación de las Partes de respetar y promover los principios y derechos reconocidos en la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT. Además se prescribe que las Partes deberán reflejar los siguientes principios y derechos en sus leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas:

1) Libertad de asociación y protección del derecho a organizarse,
2) Derecho a la negociación colectiva,
3) Derecho de huelga,
4) Prohibición del trabajo forzado,
5) Protección en el trabajo para los niños y los jóvenes,
6) Eliminación de la discriminación, e
7) Igual remuneración para mujeres y hombres.

Además, se incluye un Anexo N° 2, denominado "Principios y derechos laborales adicionales", que constituyen principios y derechos orientadores que las Partes se comprometen a promover conforme a la legislación nacional de cada parte, pero que no constituyen normas comunes mínimas para su legislación nacional. Ello abarca áreas amplias de atención como la jurisprudencia, leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas que protegen los derechos e intereses de sus respectivos trabajadores. Tales principios y derechos son los siguientes:

1) Normas laborales mínimas,
2) Prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, e
3) Indemnización en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

2.4. Tratado de Libre Comercio de los Estados Unidos de América y Chile (TLC USA-Chile), en el que lo laboral ha sido incorporado en el propio texto del TLC (enero 2004)

El Tratado de Libre Comercio entre *Chile y Estados Unidos* incluye un capítulo, el 18, referido al trabajo. Es decir, no se trata, a diferencia de los tres TLC de los que nos ocupamos anteriormente, de un Acuerdo complementario del Tratado de Libre Comercio, sino que el componente laboral forma parte del mismo tratado. En el Tratado entre EEUU y Chile, las partes reafirman su compromiso con la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, del año 1998.

Sin embargo, al definir esos principios (artículo 18.8) no se incluye nada relativo a la no discriminación en el empleo y la ocupación, uno de los derechos fundamentales recogidos en la Declaración de la OIT, y sí se hace referencia –además de la libertad sindical, la negociación colectiva, la prohibición del trabajo forzoso, la edad mínima para el trabajo y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil- a los principios y derechos relativos a "condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional".

El Tratado establece, además, un mecanismo de cooperación laboral para promover asistencia recíproca en las áreas siguientes: a) derechos fundamentales en el trabajo; b) relaciones laborales, incluida la solución de conflictos laborales; c) condiciones de trabajo, en especial seguridad y salud ocupacional; d) promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, de buenas condiciones de trabajo y de accidentes y enfermedades profesionales en la pequeña y mediana empresa; e) capacitación, reconversión laboral, seguridad social; y, f) estadísticas laborales.

Es decir, si bien el compromiso de las Partes se centra en los derechos fundamentales en el trabajo, el mecanismo de cooperación va mucho más allá, al incluir materias como las señaladas en el párrafo anterior.

Además de este mecanismo de promoción, el Tratado crea un Consejo de Asuntos Laborales encargado de supervisar la aplicación y revisar el avance de lo acordado en el capítulo 18 relativo al trabajo.

III. SÍNTESIS DE OBLIGACIONES

Tratando de hacer una síntesis de las obligaciones provenientes de los TLC firmados por EEUU o Canadá con otros países, y siguiendo un listado de criterios básicos del componente laboral elaborado por Martínez, puede señalarse lo siguiente:

1) El primer criterio básico es que cada país tiene que aplicar su legislación laboral, elaborada, construida, desarrollada de manera soberana, y tiene que aplicarla de forma adecuada a sus capacidades internas y no puede usar esa legislación laboral o, dejar de usarla, para obtener ventajas comerciales. Tiene que ser una legislación laboral soberanamente definida por el país, que respete los derechos fundamentales en el trabajo y que no sea usada o dejada de usar para obtener ventajas comerciales.

2) El segundo criterio básico es que no se puede usar las normas laborales, la legislación, con fines proteccionistas, y los bajos salarios que están vinculados a bajos niveles de productividad no pueden ser utilizados como argumentos proteccionistas. Señala Martínez que en los TLC el nivel de especificidad al que se llega es que la legislación laboral debe respetar los derechos fundamentales en el trabajo y que no puede dejar de utilizar esa legislación para obtener ventajas comparativas. Como puede apreciarse, en comparación con las normas laborales de las experiencias de integración son mucho mayores, más específicos y mucho más extensos, a la vez que concretos. A diferencia de éstos, los tratados de libre comercio sólo hablan de principios.

3) El tercer elemento central es que en la nueva generación de TLC, a partir del que EEUU suscribió con Chile, si un país deja de aplicar de manera sistemática, sostenida y recurrente su legislación para tener ventajas comerciales, se recurre al sistema de solución de controversias del Tratado. Ello quiere decir que ya no hay un sistema de solución de controversias específico para el tema laboral, sino que la solución de controversias se rige por las normas y por las reglas de solución de controversias de todo el tratado y por tanto se recurrirá a las normas de solución de controversias de tipo comercial.

4) Un cuarto elemento es que sí se pueden aplicar sanciones monetarias en caso de violación sistemática a los compromisos en materia laboral. El Acuerdo

Laboral paralelo del TLC de América del Norte tiene un sistema de sanciones largo y complejo, mas no así los TLC más recientes en los que el proceso se ha abreviado y agilizado significativamente. En el caso de Chile y los demás TLC más recientes no se aplican sanciones comerciales, son sanciones monetarias que tienen un límite de aproximadamente 15 millones de dólares. En el caso que la parte sancionada no pague esa sanción, que se suele depositar en el Fondo de Cooperación Laboral, podría llegarse a una sanción comercial por un monto equivalente al de la sanción monetaria.

Además, existe en los TLC un Fondo de Cooperación que se financia con aportes de los países y con las posibles sanciones, que incluye temas laborales como la erradicación de las peores formas de trabajo infantil, promover la administración del trabajo, mejorar el sistema de inspección del trabajo, crear un sistema de soluciones prejudiciales de conflictos laborales, mejorar las relaciones laborales, mejorar las condiciones de trabajo, mejorar las condiciones de los migrantes, desarrollar un sistema de estadísticas laborales, mejorar las oportunidades de empleo, cuestiones de género, entre otros asuntos. Estos son temas laborales objeto de la cooperación que no forman parte del cuerpo de principios que sí podrían ser objeto de una sanción económica en caso de que la legislación no sea aplicada de manera sistemática, para obtener ventajas comerciales.

Un asunto adicional que merece destacarse es el que se aprecia del TLC de EEUU y Chile, en cuya parte normativa referida al trabajo se inicia con una "declaración de compromiso compartido", en la que las Partes reafirman sus obligaciones como miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y sus compromisos asumidos en virtud de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, de 1998.

Sobre este particular, señala Morgado[8], que cada Parte debe procurar asegurar que tales principios laborales y los derechos laborales internacionalmente reconocidos, sean reconocidos y protegidos por su legislación interna. En consecuencia, junto con reconocer el derecho de cada Parte de establecer sus propias

[8] MORGADO VALENZUELA, Emilio, "Internacionalización de las relaciones individuales y colectivas de trabajo en el marco de los acuerdos de libre comercio en América", ponencia presentada Ponencia presentada al VI Congreso Regional Americano de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Querétaro, México, 14 al 17 de setiembre del 2004.

normas laborales internas –y de adoptar o modificar su legislación laboral- el Tratado les impone la doble obligación de: a) garantizar que sus leyes establezcan normas consistentes con los derechos laborales internacionalmente reconocidos, y b) procurar el perfeccionamiento de dichas normas.

Finalmente conviene recordar que tanto en el ACLAN de América del Norte, como en el Acuerdo Laboral Canadá – Chile y en el Acuerdo Laboral Canadá – Costa Rica, las partes han adquirido obligaciones específicas referidas a medidas gubernamentales de fiscalización, al acceso de los particulares a los procedimientos, a las garantías procesales, a las publicaciones y a la información y conocimiento público.

Para finalizar, nos interesa enfatizar que las partes se obligan a promover y dar efectivo cumplimiento a su legislación laboral, mediante medidas gubernamentales de fiscalización que comprendan, entre otras medidas:

a) el nombramiento y capacitación de inspectores de trabajo;
b) la vigilancia del cumplimiento de la legislación;
c) la investigación de presuntas violaciones, incluyendo visitas de inspección "in situ";
d) la obtención de promesas de cumplimiento voluntario;
e) el establecimiento de comisiones de empleadores y trabajadores para abordar la reglamentación laboral en el centro de trabajo;
f) la promoción del uso de servicios de mediación, conciliación y arbitraje;
g) promoción de los procedimientos para procurar sanciones o soluciones adecuadas;
h) Obligación de verificar el cumplimiento de su legislación laboral, investigar posibles violaciones, nombrar y capacitar inspectores e iniciar oportunamente los procedimientos para sancionar o remediar infracciones (en el Acuerdo Laboral Canadá- Costa Rica).

Sin duda, la posible adopción de un TLC –a la luz de las características precisadas- implicará redoblar esfuerzos en la modernización y fortalecimiento de la administración del trabajo en general, y de manera específica, en los sistemas de inspección del trabajo, en razón de la clásica característica de divorcio entre la ley y la realidad, que caracteriza los sistemas de relaciones de trabajo en América Latina.

Una reflexión final. Como se ha podido apreciar, las obligaciones contenidas en algunas de las experiencias de integración son más vastas, extensas, detalladas y precisas que en los tratados de libre comercio. No obstante, en cuanto a los mecanismos de control, en las experiencias de integración, éstos son más vagos e imprecisos sin que se prevean mecanismos coercitivos. Sólo en el caso de la OEA éstos son de naturaleza jurisdiccional, por lo que obligan a los Estados en forma ineludible.

Mientras que, por otra parte, si bien las obligaciones estipuladas en los tratados de libre comercio son más generales y circunscritas principalmente a la observancia de los principios y derechos reconocidos internacionalmente y al cumplimiento de la legislación de los países firmantes, sí se prevén mecanismos de control importantes que van desde una multa significativa a la suspensión de derechos comerciales.

Los tratados de libre comercio suscritos por Chile y el sistema chileno de relaciones colectivas de Trabajo*

Emilio Morgado Valenzuela

Director del Instituto de Estudios del Trabajo (Universidad La República). Profesor de Derecho del Trabajo en la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y en la Escuela de Derecho de la Universidad La República. Miembro honorario de la SPDTSS.

Sumario

I. Compromisos adquiridos
II. La práctica del sistema chileno de relaciones colectivas de trabajo
III. Reflexiones finales
IV. Proposiciones.

El estudio de las vinculaciones entre el sistema chileno de relaciones colectivas de trabajo y los tratados de libre comercio de los que Chile es parte plantea importantes desafíos referidos a la necesidad de dar cumplimiento a los compromisos de naturaleza laboral derivados de esos tratados particularmente en el campo de las relaciones colectivas de trabajo.

Al respecto cabe evocar que el sistema chileno de relaciones colectivas de trabajo se caracteriza por su alto nivel de descentralización y por la rigidez de su regulación, lo que de una parte no resulta concordante con las actuales tendencias internacionalizadoras de los procesos económicos en los que se desarrolla el sistema, y de otra parte presenta incoherencias con la tendencia flexibilizadora de las relaciones individuales de trabajo.

Si bien la reforma de 2001 favorece una mayor presencia de la autonomía colectiva al rodear de mayores garantías a las expresiones de la libertad sindical y del derecho de sindicación, no ocurre lo mismo respecto de la negociación colectiva ni de la participación.

---

* Ponencia presentada en el V Congreso Regional Americano de Relaciones de Trabajo, Santiago de Chile, julio de 2005.

A lo anterior se agrega la presencia de una clara tendencia hacia la individualización de las relaciones de trabajo, escenario favorecido por las congruencias que ésta presenta con muchas de las nuevas modalidades de contratación y con las nuevas formas de organizar el trabajo en el marco de nuevos procesos productivos, orientados a intervenir en mercados nacionales e internacionales más competitivos y más ampliados.

Esa orientación individualizadora coincide, además, con el evidente decaimiento del interés en ser parte de otras manifestaciones del quehacer colectivo. Estamos, entonces, frente a una condición de carácter general y no sólo sindical, en la que se prefiere -o se está forzado a preferir- concentrar la inversión del tiempo y esfuerzos en torno a lo que desde un punto de vista individual resulta ser imprescindible desde la óptica de su rentabilidad económica.

Asimismo, la creciente implantación de nuevas formas de contratación individual y, en considerable medida, su deslizamiento hacia relaciones contractuales no laborales, generan niveles de precariedad e inestabilidad en el empleo que no favorecen la sindicación ni la negociación colectiva ni la participación, a la vez que debilitan la práctica de la huelga. En tal sentido debe destacarse la existencia de crecientes y variadas formas de externalización de las relaciones de trabajo que suelen conducir a su deslaboralización.

A la vez, no obstante los avances habidos en la disminución de los niveles de desempleo, su presencia y variabilidad generan múltiples preocupaciones e incertidumbres en cuanto al ingreso al empleo y a su conservación. En ambos casos resulta especialmente crítica la situación de los jóvenes, las mujeres, los adultos mayores y ciertos adultos que -sin serlo- son considerados como tales. Por ello es creciente la propensión a defender el empleo absteniéndose de ejercer derechos colectivos de trabajo. Esos efectos tienden a agravarse si se tiene en consideración experiencias habidas en las crisis de desempleo vividas en el país.

A lo expresado se agrega que las organizaciones sindicales presentan debilidades organizativas, de gestión y presupuestarias, en gran parte derivadas de la naturaleza extraordinariamente descentralizada del sistema, que atomiza a las organizaciones de base o las priva de elementales funciones de representación, a la vez que impide o limita severamente su accionar en niveles superiores a los del establecimiento o empresa. Esos impedimentos y limitaciones también están pre-

sentes en las funciones reconocidas a las federaciones, confederaciones y centrales sindicales. En éstas, a su vez, existen problemas de variada naturaleza que dificultan o quiebran su unidad.

En los párrafos siguientes analizo los compromisos adquiridos en el marco de los tratados de libre comercio de Chile con Canadá y con los Estados Unidos de América, y del acuerdo con la Unión Europea. Luego reflexiono acerca de las actuales características del sistema chileno de relaciones colectivas de trabajo y del posible impacto que en él tienen o tendrán los compromisos ya señalados. Para concluir, luego de formular algunas reflexiones acerca de las motivaciones y condicionamientos que guían la incorporación de lo laboral en los TLC, propongo algunas políticas que permitan superar las dificultades existentes y potenciar las fortalezas de nuestro sistema.

I. COMPROMISOS ADQUIRIDOS

En el Acuerdo de Cooperación Laboral entre Canadá y Chile (ACLCCH), anexo al Tratado de Libre Comercio, se establece que las Partes de comprometen a promover los once "principios laborales" contenidos en el Anexo 1 del Acuerdo ya mencionado Y que esa promoción se debe efectuar conforme a las condiciones que establezca la legislación interna de cada país, sin que esos principios constituyan normas comunes mínimas para dicha legislación.

De esos principios, tres se vinculan directamente con lo que es propio de las relaciones colectivas de trabajo: libertad de asociación y protección del derecho de sindicación, derecho a la negociación colectiva y derecho de huelga.

El primero de ellos es concebido como el derecho de los trabajadores ejercido libremente y sin impedimentos para establecer organizaciones y afiliarse a ellas por elección propia, con el fin de impulsar y defender sus intereses. El segundo es entendido como la protección del derecho de los trabajadores organizados a negociar libremente, en forma colectiva, los términos y condiciones de empleo. Y el tercero es definido como la protección del derecho de huelga de los trabajadores con el fin de defender sus intereses colectivos. A esos principios se agrega el de "eliminación de la discriminación laboral", que comprende la discriminación por concepto del ejercicio de los derechos colectivos correspondientes a los tres principios ya aludidos.

Si bien el enunciado y contenido básico de los principios laborales constituyen «lineamientos que las Partes se comprometen a promover, conforme a las condiciones que establezca la legislación interna de cada país», sin que ellos constituyan «normas mínimas comunes» para la legislación interna de cada país, también es cierto que en el ACLCCH existe la obligación de promoverlos. En otras palabras, aunque de una parte se declara que esos principios delimitan «áreas amplias de atención en que las Partes han desarrollado, cada una a su manera, leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas que protegen los derechos y los intereses de sus respectivas fuerzas laborales», no es menos cierto que también se declara la obligación de atender el compromiso de «promover» la presencia y vigencia de los principios laborales en sus normas legales y reglamentarias, procedimientos y prácticas.

Al respecto cabe tener presente que la expresión «promover los principios laborales», sin duda refleja la obligación de emprender acciones destinadas a incorporar algo que no está plenamente establecido en la actualidad y a iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro. Tal significado no se opone a la afirmación de que esos lineamientos no constituyen «normas comunes mínimas para dicha legislación», por cuanto no son sinónimos los conceptos «principios» y «normas». Los primeros informan y guían a los contenidos normativos, conformando sus lineamientos.

Esa interpretación resulta armónica con lo dispuesto en el artículo 2 del ACLCCH, en el que se establece el compromiso general de las Partes de «asegurar que sus leyes y reglamentos laborales prevean altas normas y reglamentos laborales, congruentes con centros de trabajo de alta calidad y productividad». También esa interpretación se refuerza al recordar que en los ACL también se obliga a las Partes a continuar «esforzándose por mejorar dichas normas y reglamentos».

En el Artículo 18.1 del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América y Chile (TLCEUACHI), las Partes "reafirman sus obligaciones como miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y sus compromisos asumidos en virtud de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, de 1998". A la vez, se comprometen a que procurarán asegurar que tales principios laborales y los derechos

laborales internacionalmente reconocidos, establecidos en el Artículo 18.8, sean reconocidos y protegidos por su legislación interna.

La mencionada Declaración señala que "al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas". También recuerda que esos principios y derechos han sido expresados en forma de derechos y obligaciones específicos en Convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la OIT, por lo que todos los Miembros, aun cuado no hayan ratificado los Convenios aludidos, tienen el compromiso de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a esos derechos fundamentales, entre los que se cuentan "la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva", así como también el principio de no discriminación.

Con relación a lo dispuesto en el artículo 18.1 del TLCEUACHI, cabe advertir que cada Parte debe procurar asegurar que tales principios laborales y los derechos laborales internacionalmente reconocidos sean reconocidos y protegidos por su legislación interna. Por lo tanto, junto con reconocer el derecho de cada Parte de establecer sus propias normas laborales internas -y de adoptar o modificar su legislación laboral- el Tratado les impone la doble obligación de: (a) garantizar que sus leyes establezcan normas consistentes con los derechos laborales internacionalmente reconocidos, y (b) procurar el perfeccionamiento de dichas normas.

El ámbito temático comprendido en las obligaciones concernientes a la libertad sindical y a la libertad y derecho de asociación, queda definido por el Convenio núm. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948) y por el Convenio núm. 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949), por lo que tales obligaciones se refieren a: (a) el derecho de los trabajadores y de los empleadores de constituir organizaciones, sin ninguna distinción ni autorización previa; (b) el derecho de los trabajadores y de los empleadores de constituir libremente las organizaciones que estimen convenientes y de afiliarse a las mismas; (c) el libre funcionamiento de las organizaciones y el derecho de redactar los estatutos y reglamentos; (d) el derecho de elegir libremente a los

representantes; (e) el derecho de las organizaciones de organizar su administración y actividades y de formular su programa de acción; (f) el derecho de huelga; (g) el derecho de las organizaciones de trabajadores y de empleadores de constituir federaciones y confederaciones y de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores; (h) la disolución y suspensión de las organizaciones con respeto a la libertad sindical; (i) la protección contra la discriminación antisindical, y (j) la protección contra los actos de injerencia.

A su vez, las obligaciones referidas al reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva derivan del Convenio núm. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949), y comprenden lo atinente a la titularidad del derecho de negociación colectiva y la negociación con representantes no sindicales; los trabajadores y materias cubiertas por la negociación colectiva; el principio de negociación de buena fe; el reconocimiento de las organizaciones más representativas; el principio de la negociación libre y voluntaria y de la concerniente a la libre determinación de sus niveles, el arbitraje voluntario, la intervención de las autoridades; la duración de las convenciones colectivas y laudos, y la extensión de su cobertura.

Considerando esos compromisos compartidos, las Partes del TLCEUACHI adicionalmente declaran que procurarán asegurar que no dejarán sin efecto ni derogarán, ni ofrecerán dejar sin efecto o derogar dicha legislación de una manera que debilite o reduzca su adhesión a los derechos laborales internacionalmente reconocidos. O sea, las Partes manifiestan que no acudirán a esos recursos para incentivar el comercio con la otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.

En otros términos, la interdependencia económica y la competencia internacional no deben dar lugar a la no aplicación o a la degradación de los niveles de protección existentes sino que, por el contrario, deben promover su mejoramiento.

De otra parte, al comparar el listado de los principios y derechos incorporados en el TLCEUACHI con los declarados en el ACLCCH parece haberse omitido lo concerniente al derecho de huelga. No obstante la omisión es sólo aparente, ya que lo concerniente al derecho de huelga forma parte de la libertad de asociación y la libertad sindical.

En el Acuerdo de Asociación entre Chile y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, lo laboral conforma uno de los contenidos de la asociación política y económica establecida entre las Partes, en la que están presentes constataciones y valores tales como los principios democráticos, los derechos humanos fundamentales y el buen gobierno.

Las Partes han establecido, entre otros, los siguientes objetivos generales de la cooperación: (a) reforzar la capacidad institucional para consolidar la democracia, el Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, y (b) promover el desarrollo social, acompañado de desarrollo económico y de protección del medio ambiente, dando especial prioridad al respeto de los derechos sociales fundamentales.

De lo expuesto se puede concluir que en el Acuerdo con la Unión Europea lo laboral no sólo se vincula a la idoneidad ético-laboral de las relaciones de trabajo en el marco de las correspondientes relaciones comerciales internacionales, sino que es parte de un conjunto más amplio y complejo de valores y objetivos que presiden a las variadas políticas públicas insertas en los campos de actuación previstos en el Acuerdo.

Entre las materias objeto de la cooperación en materia social destaca lo referido al diálogo social. Sobre el particular las Partes reconocen que deben promoverse la participación ciudadana y la participación de los interlocutores sociales en las cuestiones relacionadas con las condiciones de vida y la integración en la sociedad. Para tal efecto se comprometen a dar prioridad a medidas destinadas a la promoción de iniciativas que contribuyan al diálogo social y a la creación de consensos, así como al desarrollo y modernización de las relaciones laborales, entre otras materias.

También las Partes se comprometen a promover los Convenios de la OIT sobre la no discriminación, la libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva.

Para el logro de sus objetivos se establece un marco institucional que contempla reuniones periódicas de las correspondientes sociedades civiles, en particular de los interlocutores económicos y sociales, con el propósito de mantenerlos infor-

mados sobre la aplicación del Acuerdo y recabar sugerencias para su mejoramiento.

II. LA PRÁCTICA DEL SISTEMA CHILENO DE RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Es indudable el crecimiento del número de sindicatos y de afiliados sindicales pero también es evidente la disminución del tamaño de los sindicatos, los que en 1932 tenían 130 afiliados como promedio, en tanto que en 2003 ese promedio se ha reducido a 40. El Cuadro 1 también revela que en el período 1989-2003 ha crecido la tasa de afiliación sindical pero sus efectos han resultado disminuidos debido a que si bien se ha duplicado el número de sindicatos, el número de asociados ha crecido sólo un tercio. Los casi 17.000 sindicatos existentes en 2003 revelan tanto la múltiple presencia de estas organizaciones como su exigua cantidad de afiliados, situación que no favorece al desempeño de los sindicatos en el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus objetivos.

Cuadro 1
Número de sindicatos y afiliados,
número promedio de afiliación y tasa de afiliación

AÑO	N° de Sindicatos	N° de Afiliados	N° Promedio	Tasa de Afiliación *
1932	421	54.801	130	
1938	932	125.972	135	
1952	1.197	284.418	142	
1958	1.894	276.346	146	
1964	1.863	270.542	195	
1970	4.581	627.664	137	
1973	6.697	940.035	140	
1989	7.118	507.616	71	16.6%
1990	8.861	606.812	67	19.5%
2003	16.987	669.560	40	17.3 %

* Número de afiliados sindicales en comparación con el número de trabajadores asalariados.

Fuentes:
a. Datos 1932-1958
- James O. Morris y Roberto Oyaneder: *Afiliación y finanzas sindicales en Chile 1932-1959.../*

/...Universidad de Chile, Instituto de Administración (INSORA. Santiago, 1960).

b. Datos 1964-1973

- Emilio Morgado Valenzuela: *Libertad sindical en Chile.* Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social/INSORA. Santiago 1967.
- Universidad de Chile, Departamento de Relaciones de Trabajo y Organización (DERTO): *Estadísticas sindicales 1956-1972*

c. Datos 1989-2003

Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo (Gobierno de Chile:*Compendio de series estadísticas 1990-2003, p*ág. 6)

Como se aprecia en el Cuadro 2, la mayor cantidad de sindicatos se concentran en la industria manufacturera, el transporte, el comercio, los servicios y la agricultura. A su vez los afiliados sindicales se concentran principalmente en la industria manufacturera, el comercio, el transporte, los servicios y la agricultura. Sin embargo el número promedio de afiliados es mayor en la construcción, la minería, la electricidad y las finanzas.

Cuadro 2

Número de sindicatos (S) y de trabajadores afiliados (TA)
por rama de actividad económica, 1990 y 2003

RAMA	(S) / (TA)	1990	2003
Agricultura	(S)	1.220	2.367
	(TA)	55.501	70.205
Minería	(S)	368	508
	(TA)	64.210	36.942
Industria	(S)	2.762	3.804
	(TA)	166.078	112.681
Electricidad	(S)	94	163
	(TA)	16.942	10.490
Construcción	(S)	294	663
	(TA)	33.179	58.250
Comercio	(S)	1.286	2.788
	(TA)	77.574	104.281
Transporte	(S)	1.262	2.815
	(TA)	87.462	99.754
Finanzas	(S)	235	667
	(TA)	29.508	36.857
Servicios	(S)	1.299	2.548
	(TA)	74.552	117.779
No especif.	(S)	41	624
	(TA)	1.806	21.703

Fuente:

Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo: ob.cit. págs. 9 y 10.

Al comparar las tasas de afiliación por regiones entre los años 1990 y 2003 se advierte que ellas han crecido sólo en las Regiones XI, X y IX, y que los mayores decrecimientos han tenido lugar en las Regiones III, I, II y VII., lo cual corresponde al menor crecimiento experimentado en esas regiones del país en el período anotado en el Cuadro 3.

Cuadro 3

Número de sindicatos (S), número de trabajadores afiliados (TA) y tasas de afiliación por regiones del país 1990 y 2003

REGIÓN	(S)1990	(S)2003	(TA) 1990	(TA)2003	% 1990 / 2003	
I	360	708	19.507	21.102	27.8	21.5
II	308	680	31.068	36.010	32.2	27.8
III	170	415	14.118	12.781	27.6	16.8
IV	244	552	16.193	19.845	16.5	13.6
V	910	1.729	62.549	65.083	19.8	17.4
VI	264	641	26.945	26.919	16.1	12.0
VII	438	844	19.609	18.611	11.3	8.8
VIII	863	1.491	66.640	63.403	17.6	13.7
IX	196	454	10.187	13.959	7.8	8.8
X	725	1.663	31.650	48.537	18.5	21.1
XI	38	145	2.550	6.183	14.9	22.0
XII	116	184	6.796	6.725	17.6	13.5
RM	4.229	7.473	299.000	330.349	21.3	19.6

Fuente:

Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo: ob.cit., págs. 12, 13, 14, 18, 22, 26, 30, 34, 38, 42. 46, 50, 54, 58 y 62.

Hasta octubre de 2001 en Chile sólo podían constituirse sindicatos de empresa, sindicatos interempresa, sindicatos de trabajadores independientes y sindicatos de trabajadores eventuales o transitorios.[1] La reforma habida en esa fecha no excluye la posibilidad de constituir otros tipos de sindicatos. No obstante, esas cuatro modalidades organizativas son las que prevalecen. Como aparece en el Cuadro 4, la mayoría de los sindicatos son de empresa, los que concentran a la mayoría de los afiliados.

[1] Es sindicato de empresa el que agrupa trabajadores de una misma empresa, y es empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada. Es sindicato interempresa el que agrupa a trabajadores de dos o más empleadores y sindicato de trabajadores independientes el que agrupa a trabajadores que no dependen de trabajador alguno. A su vez, el sindicato de trabajadores eventuales o transitorios es el constituido por trabajadores que realizan labores bajo dependencia o subordinación en período cíclicos o intermitentes.

El número de sindicatos de trabajadores independientes se ha triplicado pero el número de sus afiliados ha crecido en menor proporción. Habida cuenta de su naturaleza, tal crecimiento tiene escasa repercusión en el funcionamiento del sistema de relaciones de trabajo.

Cuadro 4

Número de sindicatos afiliados por tipo de sindicatos

	Sindicato de Empresa		Sindicato Interempresa		Sindicato Trabajadores Independientes		Sindicato Trab. Independientes y Ocasionales	
AÑO	N°	Afiliados	N°	Afiliados	N°	Afiliados	N°	Afiliados
1989	4.656	349.677	624	62.237	1.557	74307	281	21.308
1990	5.827	417.514	676	69.651	2.039	90.987	324	28.660
2003	10.371	395450	1.170	78.283	4.876	149.820	570	45.954

Fuentes:

a.Datos de 1989. - Carlos Koch: Análisis de las estadísticas de los sindicatos chilenos. En: Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Departamento de Relaciones de Trabajo (DERTO): Simposium; El entorno nacional y las relaciones de trabajo en el Chile de hoy. Documento de Trabajo N° 6, 1986.

b.Datos de 1990 y 2003:- Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo: ob.cit. pág. 11

Si se estudia el marco normativo de la negociación colectiva se concluye que en la práctica ella sólo puede tener lugar en el nivel de la empresa o establecimiento, por lo que el sindicato de empresa prevalece sobre las otras formas asociativas. Pero el sindicato no es el único sujeto negociador ya que la legislación también atribuye ese carácter a los grupos de trabajadores coaligados para ese fin, aun que en la empresa existan organizaciones sindicales. De otra parte, a la negociación colectiva sujeta a la tramitación y condiciones fijadas por ley se agrega la no regulada pero establecida también en la legislación, en la que son sujetos negociadores tanto los sindicatos como los grupos de trabajadores. Sólo la negociación reglada contiene la protección del fuero para los que participan en ella y permite el ejercicio del derecho de huelga. El contrato colectivo es el resultado de la negociación colectiva reglada y el convenio colectivo es el resultado de la no reglada. A la negociación no reglada propiamente tal se adiciona la semi-reglada establecida por la reforma de 2001 para evitar simulaciones en las negociaciones no regladas a cargo de grupos de trabajadores, mediante las que se daba el carácter de convenios colectivos a contratos individuales.

Los contratos y convenios colectivos están comprendidos en la expresión "instrumentos colectivos", que también comprende a los laudos adoptados en procesos de arbitraje. Como no existe propensión favorable hacia el arbitraje, cabe anotar que entre 1995 y 2002 hubo sólo un laudo, el año 2000, en el que estuvieron involucrados 487 trabajadores.

El Cuadro 5 da cuenta de la evolución habida entre 1990 y 2001 respecto del número de "instrumentos colectivos" derivados de procesos de negociación reglada y no reglada, el número de trabajadores cubiertos y la tasa de cobertura de trabajadores sindicados.

Cuadro 5

Número de instrumentos colectivos y de trabajadores involucrados según sujetos negociadores(1990 - 2001)

	SINDICATOS		GRUPOS	
AÑO	**Instrumentos**	**Trabajadores**	**Instrumentos**	**Trabajadores**
1990	1.302	143.019	1.117	43.179
2000	1.285	104.000	1.000	55.636

Fuente:
Patricio Frías Fernández: *Las reformas laborales y su impacto en las relaciones laborales en Chile. 200-2001.* Dirección del Trabajo, Cuadernos de Investigación, Cuaderno 19, 2002, pág. 98.

En 1990 los trabajadores involucrados representaban al porcentaje que desminuyó al 9,1% de los trabajadores ocupados y al 67,1 % de los sindicados. En 2001 esos porcentajes disminuyeron al 6,3 y 57,2, respectivamente. De otra parte, en 1990 el 74,4% de los instrumentos colectivos fueron contratos colectivos, porcentaje que disminuyó al 65,3% en 2001, lo que parece revelar una tendencia hacia la negociación colectiva no reglada. Las estadísticas de 2002 señalan que de 1.880 instrumentos colectivos, 1.421 fueron contratos colectivos, con 115.385 trabajadores involucrados, en tanto que los convenios colectivos sumaron 459 con 60.467 trabajadores involucrados. Esas estadísticas también revelan que los sindicatos fueron los sujetos negociadores de 1.455 instrumentos colectivos, con 145.323 trabajadores involucrados, cifra superior a las habidas en 1999, 2000 y 2001. Por el contrario, el número de trabajadores involucrados en instrumentos colectivos que tuvieron como sujeto negociador a grupos y no a sindicatos, disminuyó a 30.529, en tanto que 2000 y 2001 sumaron 59.117 y 55.636, respectivamente.

El sindicato como sujeto negociador prevalece en todas las ramas de actividad económica, excepto en las de comercio y financieras, como revela el Cuadro 6, aunque es interesante destacar que el número promedio de trabajadores involucrados en negociaciones a cargo de sindicatos y grupos de trabajadores es muy similar en las negociaciones colectivas habidas en el comercio, en tanto que en las financieras el número de trabajadores involucrados en instrumentos colectivos negociados por sindicatos es casi tres veces mayor al de los instrumentos negociados por grupos de trabajadores.

De otra parte, el reajuste real inicial promedio logrado en 2002 en las negociaciones a cargo de sindicatos fue de 0,71%, en tanto que las que tuvieron a grupos de trabajadores como sujetos negociadores fue de 0,61%. En el mismo año, tal reajuste fue de 0,63% en los contratos colectivos y de 0,26% en los convenios colectivos. A la vez, en 1.130 instrumentos colectivos negociados por sindicatos - que involucran a 113.039 trabajadores- se logró pactar cláusulas de reajustabilidad futura como porcentaje del Índice de Precios al Consumidor. En cambio tales cláusulas fueron pactadas en sólo 307 instrumentos negociados por grupos de trabajadores, involucrando a 25.778 trabajadores.

Cuadro 6

Número de «instrumentos colectivos» (IC) y de trabajadores involucrados (TI) según actividad económica y sujeto negociador 2002

	Sindicatos		Grupos	
RAMA	IC	TI	IC	TI
Agricultura	97	4.436	60	1.722
Minería	42	4.932	11	2.022
Industria	523	37.839	330	12.882
Electricidad	19	2.070	6	556
Construcción	55	3.950	43	2.627
Comercio	193	29.765	209	16.425
Transporte	117	15.244	9	3.727
Finanzas	91	17.167	155	10.697
Servicios	318	29.920	107	4.908

Fuente:
Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo: *Informe de las negociaciones colectivas por entidad negociadora. Año 2002 (con reforma).*

Desde otra perspectiva comparativa, en el Cuadro 7 se presentan los beneficios adicionales al salario obtenidos en contratos y convenios colectivos en 2001, teniendo como negociador a un sindicato o a un grupo negociador.

Cuadro 7

Beneficios adicionales al salario negociados por el sindicato y grupos de trabajadores en contratos colectivos y convenios colectivos (2001)

	Sind.	Grupos	Cont. Colec.	Conv.Colec
Asignación de transporte	77	69	76	1
Asignación de alimentación	71	63	72	68
Asignación de estudios	71	63	69	66
Participación de utilidades	67	61	64	67
Indemnización por años de servicio	55	36	52	41
Asignación de antigüedad	38	24	30	29
Bonos e incentivos	36	25	35	27

Fuente:
Emilio Morgado: *Chile, Part. II: Collective Labour Relations.* International Encyclopaedia of Laws, Kluwer Law International (The Hague/London/New York), 2003, p. 204

El derecho de huelga sólo puede ser ejercido por los trabajadores involucrados en la negociación reglada. Si ella no se declara y hace efectiva de conformidad con lo dispuesto en la legislación la huelga tiene el carácter de ilegal. Igual condición tienen las huelgas declaradas por trabajadores a los que no se reconoce tal derecho. En el Cuadro 8 se indica el número de huelgas y de huelguistas en huelgas legales e ilegales de trabajadores con derecho a huelga y sin tal derecho, en los años 1990 y 2001.

De su examen se desprende que tiende a decrecer la propensión a la huelga de los trabajadores con derecho a ejercerla, y a crecer en los que no tienen tal derecho. En cuanto a las huelgas de los trabajadores con derecho a huelga se observa una substancial reducción del número de huelgas y de huelguistas en huelgas legales, en tanto que en las ilegales de trabajadores sin derecho de huelga crece el número de huelgas y de huelguistas. Sobre el particular cabe recordar que esas huelgas generalmente comprenden a trabajadores del sector público. En

importante medida ellas se originan en la ausencia insuficiencia de los métodos vigentes para prevenirlas y darles solución.

Cuadro 8

Número de huelgas y huelguistas, con y sin derecho a huelga

AÑO		Trabajadores con derecho a huelga			Trabajadores sin derecho a huelga
		Legales	Ilegale	Total	Ilegales
1990	Nº de huelgas	168	96	264	57
	Nº de huelguistas	22.284	23.066	47.350	35.088
2001	Nº de huelgas	95	94		136
	Nº de huelguistas	13.264	30.022	43.284	74.113

Fuente:
Emilio Morgado (2003): ob.cit., ps. 205, 206.

A la vez ha decrecido el número de días/hombre no trabajados por causa de huelgas de trabajadores con derecho a huelga, en tanto que tal índice ha crecido tratándose huelgas de quienes no están autorizados para ello.

Cuadro 9

Días/hombre no trabajadas por huelga

AÑO	Trabajadores con derecho a huelga		Trabajadores sin derecho a huelga	TOTAL
	Legales	Ilegales	Ilegales	
1990	190.941	51.430	77.432	319.802
2001	121.263	42.972	121.803	286.038

Fuente:
Emilio Morgado (2003): ob.cit., p. 207.

De acuerdo con lo señalado en el Cuadro 10, en 2001 el 68% de las huelgas, el 74% de los huelguistas y el 75% de los días/hombre en huelga se concentraron en las ramas de los servicios y de la industria manufacturera y las tasas menores correspondieron al transporte.

Cuadro 10

Distribución porcentual de huelgas, huelguistas y días/hombre no trabajadas por huelga, según rama de actividad económica (2001)

Rama de actividad económica	Huelgas	Huelguistas	Días/ hombre en huelga
Servicios	33%	38%	39%
Industria Manufacturera	35%	36%	36%
Minería	6%	6%	9%
Finanzas	6%	6%	5%
Comercio	9%	5%	3%
Transporte	5%	5%	3%

Fuente:
Emilio Morgado (2003): ob.cit., p. 208.

De lo expuesto se puede concluir que el sistema chileno de relaciones de trabajo, en su concepción y práctica, no favorece la existencia de una coherente y eficaz interacción entre sus componentes y las numerosas, variadas y cambiantes demandas resultantes de los actuales procesos económicos y tecnológicos insertos en el marco de la globalización. La radicación forzada de la sindicación y negociación colectiva en niveles exclusivamente descentralizados -así como la débil expresión del diálogo macrosocial-limita fuertemente el papel de esos institutos como instrumentos de concertación de intereses y los pone al margen de todo análisis encaminado a prever y solucionar los variados desafíos de que plantean esos procesos de cambios.

Además el actual sistema, no obstante las reformas habidas desde 1990, permite que existan fuertes limitaciones fácticas enraizadas en ciertos aspectos normativos y de política laboral en general, que alientan la existencia de conflictos de hecho.

III. REFLEXIONES FINALES

1. LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN.

Si bien esta monografía se refiere sólo a lo atinente a las relaciones colectivas de trabajo contenido de los TLC suscritos por Chile, cabe señalar esas materias también han estado y están presentes en los procesos de integración habidos en América desde la década de los 60 del siglo anterior. En su desarrollo se advierte la presencia de dos etapas. En la primera, que se extendió hasta comienzos de los años 80, generalmente esos contenidos laborales tuvieron por objeto establecer compromisos y obligaciones tendientes a mejorar los niveles de vida y de trabajo de la población, nivelando hacia arriba el contenido protector de las correspondientes normas y prácticas. Entre las experiencias de esa primera etapa destacan las habidas en los países del Grupo Andino (el Convenio "Simón Rodríguez" de Integración Sociolaboral Andina), en América Central (las Reuniones de Ministros de Trabajo de Centroamérica y Panamá), y las Conferencias de Ministros del Trabajo de los países miembros de la entonces CARIFTA.

En la segunda etapa, el tratamiento de esas materias se vinculó más estrechamente con los desafíos y exigencias que planteaban los cambios que comenzaron a implantarse en los modelos de desarrollo y de comercio internacional, así como con las necesidades que derivaban de la aplicación de políticas de ajuste y de superación de variadas crisis económicas, agudizadas desde los años 70. En ese contexto, los esquemas integracionistas se reorientaron en torno a la Comunidad Andina de Naciones (CAN), el Sistema de Integración Centroamericana (SICA), la Comunidad de Países del Caribe (CARICOM), y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR.).

2. PROTECCIONISMO ECONÓMICO Y PROTECCIONISMO LABORAL.

Ya en los años 90 adquirieron fuerte presencia esquemas específicamente referidos a la libertad de comercio internacional, particularmente en lo atinente al propósito de evitar la existencia de desequilibrios fundados en la dispar protección laboral, que dan origen al llamado "dumping social". En ellos, lo laboral se vincula estrechamente al libre comercio y se convierte en uno de sus elementos condicionantes. Tal es el caso, por ejemplo, del Acuerdo de Cooperación Laboral

de América del Norte (ACLAN) anexo al Tratado de Libre Comercio de Canadá, los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América; del Acuerdo de Cooperación Laboral de Canadá y Chile (ACLCCH), anexo al Tratado de Libre Comercio suscrito entre ambos países; del Acuerdo de Cooperación Laboral de Canadá y Costa Rica (ACLCCR), anexo al Tratado de Libre Comercio entre esas naciones, y del Tratado de Libre Comercio de los Estados Unidos de América y Chile (TLCEUACHI).

Los cambios habidos en los contenidos y orientaciones del tratamiento de lo laboral en los acuerdos de integración y de libre comercio permiten pensar que asistimos a una reimplantación revalorizadora de lo económico. En ella, lo laboral tiende a acompañar a su clásico carácter de expresión de anhelos de justicia social, propósitos funcionales a objetivos económicos, como el del libre comercio internacional. En consecuencia, a la justicia social como mecanismo de solidaridad fundado en sentimientos naturales de equidad y humanidad tendiente a mejorar la condición humana, se agrega el postulado de que la existencia y práctica de normas laborales protectoras permitan que la competencia internacional no esté determinada por la inexistencia, insuficiencia o incumplimiento de esa normatividad.

Los contenidos laborales de los instrumentos internacionales de libre comercio son objeto de una doble calificación. De una parte se sostiene que son manifestaciones de neoproteccionismos económicos, y de otra parte se afirma que son manifestaciones de neoproteccionismos laborales. En alguna medida esas calificaciones parecen revivir los debates habidos al comienzo del establecimiento de normas internacionales de protección laboral. Es probable que ahora como entonces tanto el aseguramiento de la idoneidad del libre comercio como la protección de los trabajadores sean los objetivos de los mencionados contenidos laborales. Por lo menos, así se desprende de las declaraciones contenidas en las partes preambulares de los correspondientes Tratados de Libre Comercio y Acuerdos de Cooperación Laboral. No obstante hay quienes sostienen con esos contenidos laborales se establece un blindaje favorecedor de las economías más desarrolladas, ya que su aplicación también pueden originar formas encubiertas de proteccionismos que tornen inane la libertad de comercio internacional.

Sobre el particular cabe recordar que lo concerniente a la competencia internacional fue incorporado en el Preámbulo de la Parte XIII del Tratado de Versalles, al establecerse que "si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo real-

mente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países". A su vez, en el párrafo II de la Declaración de Filadelfia, relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (10 de mayo de 1944), se afirma que "la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos", y que la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social. También allí se declara que el propósito central de toda política nacional e internacional debe ser el logro de las condiciones que permitan alcanzar esos propósitos. Adicionalmente, en el párrafo IV se declara que la utilización más completa y amplia de los recursos productivos del mundo, necesaria para el cumplimiento de los objetivos enunciados en la Declaración, puede obtenerse mediante una acción eficaz en el ámbito internacional y nacional, que incluya medidas para "fomentar un comercio internacional de considerable y constante volumen...".

Al condicionarse el comercio internacional al respeto de las normas de protección laboral nacional -y de las de carácter internacional que las orientan y presiden- no sólo se excluye la vía de reducir o eliminar esa protección para ganar competitividad sino que, por el contrario, se abre el camino al perfeccionamiento de la normatividad nacional con el propósito de que ella se ajuste plenamente a los principios laborales declarados en los tratados y acuerdos complementarios así como a las normas internacionales del trabajo que les dan contenido.

También en esta materia debe tenerse presente la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada en la 86ª. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, el 18 junio de 1998. En uno de sus considerandos se expresa que "en una situación de creciente interdependencia económica urge reafirmar la permanencia de los principios y derechos fundamentales inscritos en la Constitución de la Organización, así como promover su aplicación universal". A su vez, en la parte declarativa subraya "que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas y que nada en la presente Declaración y su seguimiento podrá invocarse ni utilizarse de otro modo con dichos fines; además, no debería en modo alguno ponerse en cuestión la ventaja comparativa de cualquier país sobre la base de la presente Declaración y su Seguimiento".

3. VISIÓN GLOBAL DE LOS CONTENIDOS DE LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN LABORAL DE CANADÁ Y CHILE, DE CANADÁ Y COSTA RICA Y DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE EE.UU.AA. Y CHILE

Los mencionados Acuerdos de Cooperación Laboral y Tratado de Libre Comercio, con distingos y matices variados, incluyen: (a) contenidos declarativos tales como principios laborales, propósitos, objetivos y obligaciones de gestión (fiscalización, acceso de los particulares a los procedimientos, garantías procesales, y conocimiento público); (b) contenidos administrativos; (c) contenidos procesales referidos al control del cumplimiento de las obligaciones (consultas, evaluaciones, consejos ministeriales y otros), a la solución de controversias, y a los procedimientos sancionadores y las sanciones, y (d) contenidos normativos (enunciado y rango de protección de derechos y obligaciones.

Lo atinente a las controversias y a la aplicación de sanciones permite identificar claras diferencias entre el ACLCCH y el TLCEUACHI. En el primero se dispone que existe una controversia si concurren los siguientes requisitos: (a) que se refiera a normas técnicas laborales atinentes a la seguridad e higiene en el trabajo; el trabajo infantil, o los salarios mínimos; (b) que exista una pauta persistente de omisiones de una de las Partes respecto de esas normas técnicas laborales; (c) que las omisiones estén relacionadas con el comercio, y (d) que tales normas técnicas se encuentren amparadas por leyes laborales mutuamente reconocidas. Cabe advertir que en el ACLCCH en forma expresa se excluye del término "normas técnicas laborales" a las leyes, reglamentos o disposiciones específicas que se refieren a la libertad de asociación y la protección del derecho de organización, el derecho a la negociación colectiva, y el derecho de huelga. No obstante en ese Acuerdo se establecen consultas directas como mecanismo de control de la aplicación de la legislación referida a esas materias

Cabe evocar que en el Capítulo 18 del TLCEUACHI se dispone que el procedimiento de solución de controversias se aplica si el asunto se refiere a que una Parte ha dejado de aplicar efectivamente su legislación laboral, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de manera que afecte el comercio entre las Partes, entendiéndose por legislación laboral las leyes o regulaciones directamente relacionadas con los derechos laborales internacionalmente reconocidos, entre los que se menciona "el derecho de asociación; el derecho de organizarse y negociar colectivamente".

De otra parte, tanto el mecanismo de consultas directas como la intervención del Consejo de Asuntos Laborales pueden referirse a cualquier asunto que surja de conformidad con el Capítulo 18 de Tratado. Para solucionarlas, en el TLC se establecen dos sistemas: uno de carácter especial (el del Capítulo 18, Trabajo), y otro de carácter general (el del Capítulo 22, Solución de controversias)

4. LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO Y LOS CONTENIDOS LABORALES DE LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN LABORAL Y DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO.

Los contenidos normativos invitan a reflexiones adicionales acerca de su función como fuentes del Derecho del Trabajo y a sus efectos en el orden jurídico interno de las Partes, a su rango y prelación, y a su incorporación al derecho interno. Además tornan necesario analizar sus interacciones con otras normas de naturaleza internacional, como las normas internacionales del trabajo de la OIT y los textos internacionales sobre derechos humanos acordados en la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización de los Estados Americanos (OEA), lo que plantea la necesidad de determinar la norma sustantiva aplicable y resolver lo concerniente a la concurrencia de procedimientos.[2]

Las normas internacionales del trabajo (NIT) de la OIT cumplen funciones inspiradoras y promocionales respecto de las normas nacionales de trabajo, sin perjuicio de su papel consolidador de los contenidos normativos que sean armónicos con los de las NIT. Esas funciones resultan fortalecidas por las disposiciones laborales de los TLC y acuerdos complementarios, en cuanto éstos obligan a dar efectivo cumplimiento a la legislación nacional, la que, a su vez, resulta inspirada y consolidada por las NIT. De otra parte, las NIT dan contenidos substantivos a las enumeraciones y descripciones de los principios y propósitos laborales declarados en los TLC y acuerdos complementarios, a la vez que proporcionan a las Partes el recurso a los medios institucionales y procesales de verificación de aplicación y solución de controversias establecidos en la OIT, sin perjuicio de que las Partes pueden recurrir a los sistemas de control de cumplimento y solución de controver-

[2] Ver, Emilio Morgado: *Internacionalización de las relaciones individuales y colectivas de trabajo en el marco de los Acuerdos de Libre Comercio en América*, Ponencia Oficial presentada en el Sexto Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Querétaro, México, Septiembre de 2004)

sias establecidos en los correspondientes instrumentos internacionales de libre comercio. Tal interacción es tácita en el ACLCCH y resulta robustecida en el TLCEUACHI.

Junto a las NIT existen otros instrumentos internacionales que tienen contenidos laborales. Tal es el caso de los adoptados en el marco global universal de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y en el marco regional de la Organización de los Estados Americanos (OEA)

Entre las normas de la ONU destacan: (a) la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en la que se incorporan los derechos a la libertad de asociación pacífica y el derecho a no ser obligado a pertenecer a una asociación; (b) el Pacto Internacional de Derechos, Civiles y Políticos (1966), en el que se incluye el derecho de asociación, y (c) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), en el que se enumeran los derechos a la asociación sindical y a la huelga.

A su vez, entre las normas de la OEA destacan: (a) la Carta de la Organización de Estados Americanos (1948) y sus modificaciones, en la que se incorporan los derechos a la sindicación, a la negociación colectiva y a la huelga; (b) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), que incluye el derecho a la sindicación; (c) la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), que establece el derecho a sindicación; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (San Salvador, 1988), en el que se reconocen los derechos sindicales a la organización y a la libertad sindical, y el derecho a la huelga.

La coexistencia de lo normado en los TLC con las normas de la OIT, de la ONU y de la OEA puede plantear la necesidad de determinar cuál normativa es la aplicable. Como en materia laboral tiene especial fuerza la tesis que postula la preeminencia de la norma internacional más favorable al trabajador, en esa determinación se debe evaluar la norma en su conjunto. Para ello, en mi opinión, debe también evaluarse lo referido a la naturaleza y nivel garantizador del sistema que acompaña a la norma substantiva en lo atinente a la verificación de su cumplimiento, solución de las controversias y aplicación de sanciones.

De otra parte debe recordarse que habida cuenta de la naturaleza de norma mínima que debe asignarse a las normas de carácter internacional, la más favorable entre ellas debe también tener la condición de ser más favorable que las normas del derecho interno. Sobre el particular, en el artículo 19.8 de la Constitución de la OIT se establece que en ningún caso podrá considerarse que la adopción de un Convenio o de una Recomendación, o la ratificación de un Convenio, "menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación".

5. LOS TLC Y SU CAPACIDAD GARANTIZADORA

La capacidad garantizadora del cumplimiento de los compromisos laborales contenidos en los TLC y acuerdos complementarios resulta en gran parte determinada por el nivel de coercibilidad de sus normas reguladoras del control de cumplimiento y de solución de controversias, incluidas las de aplicación de sanciones. También resulta determinada por factores sociopolíticos y económicos que tienen creciente presencia en las relaciones internacionales, tales como los niveles de paz social y gobernabilidad existentes en los Estados Parte, y la naturaleza y contorno de su respectiva "imagen-país", especialmente en lo concerniente a la seguridad de los emprendimientos económicos y la estabilidad de las políticas y programas gubernamentales.

Tal afirmación se fortalece si se tiene presente que junto a los procedimientos institucionales oficiales existen otros no regulados en la institucionalidad de los Tratados y Acuerdos de Cooperación Laboral, pero están estrecha y oficiosamente vinculados a ellos. Me refiero a los establecidos por componentes de la llamada "sociedad civil", atentos a velar por los intereses y valores de sus representados. A ellos se agregan la existencia de los llamados "códigos de conducta" y los contenidos y fuerza que ha adquirido el concepto de "responsabilidad social empresarial". No menor importancia tiene la acción vigilante de las organizaciones sindicales y de las asociaciones de empleadores, nacionales e internacionales.

IV. PROPOSICIONES

De conformidad con lo analizado respecto de la práctica de los derechos y obligaciones que configuran al sistema chileno de relaciones colectivas de trabajo,

cabe recordar que su radicación exclusiva en niveles altamente descentralizado ha generado efectos de fragmentación, dispersión, precarización y debilitamiento del quehacer colectivo, a la vez que tiende a fortalecer la individualización de contenidos que, en lo esencial, son colectivos.

En relación con las actuales tendencias globalizadoras y de internacionalización de los procesos económicos, resulta paradojal que las relaciones colectivas de trabajo sólo puedan manifestarse en ámbitos social y económicamente "microscópicos" y no asociables, lo que conduce a excluir esas relaciones del universo cada vez más amplio e internacional. En tal sentido, el mundo actual resulta ser demasiado "ancho y ajeno" para los sujetos de la relación colectiva de trabajo. Se excluye así su participación en la identificación de vías y medios encaminados a visualizar dimensiones y proyecciones no sólo referidas a lo cotidiano y local, sino que enlazadas a lo futuro y global.

Temas como la competitividad y sus exigencias en materias tales como el empleo; la formación, capacitación y recalificación profesionales; las remuneraciones y sus modalidades; la duración y distribución del tiempo de trabajo, tornan necesario ensanchar y multiplicar las vías y niveles de participación integradora, lo que obliga a revisar el esquema de organización sindical y de negociación colectiva, a la vez que a efectuar nuevos intentos de diálogo social concertador. Por ello resulta altamente esperanzadora la proposición reciente de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, creada por la OIT, al afirmar que "para lograr una globalización justa que cree oportunidades para todos, el trabajo decente debería convertirse en un objetivo global que han de procurar alcanzar todos los países y la comunidad internacional[3]. Tal postulación adquiere mayor valor si recordamos que el concepto de trabajo decente se inspira en la finalidad esencial de la OIT de promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana, lo que comprende los objetivos estratégicos de promover los derechos fundamentales en el trabajo, el empleo, la protección social y el diálogo social[4].

[3] Ver OIT: *Por una globalización más justa. El papel de la OIT. Informe presentado por el Director General sobre la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización.* Conferencia Internacional del Trabajo, 92a. reunión, 2004, págs. 1 a la 10 y 47 a la 53.

[4] El Programa de Trabajo Decente fue adoptado en 1999 por la Conferencia Internacional del Trabajo. Desde entonces es el centro orientador de las actividades de la OIT.

En cuanto al diálogo social, es conveniente poner de relieve los contenidos participativos incluidos en el TLCEUACHI. Allí se establece que al definir los ámbitos de cooperación y llevar a cabo las actividades pertinentes, las Partes "considerarán los puntos de vista de sus respectivos representantes de trabajadores y empleadores así como de otros miembros de la sociedad civil". Por cierto esa postulación se refuerza con los contenidos concernientes a la libertad sindical, elemento básico de ese diálogo[5].

[5] Ver: Emilio Morgado: *América: El diálogo social y los actuales procesos de cambios económicos y tecnológicos.* OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe. (Proyecto CIMT-OIT), 2002, especialmente las páginas 11 a la 16 y 42 a la 52.

Interbank

Pontificia Universidad
Católica del Perú

MARSA
Minera Aurífera Retamas S.A.

ELECTROANDES
un empresa PSEG Global

AFP UnionVida
Porque tú mereces más

SIDERPERU
El acero del Perú

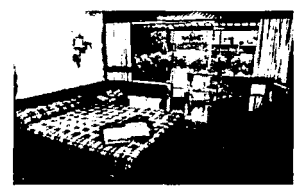
BATERIAS ETNA

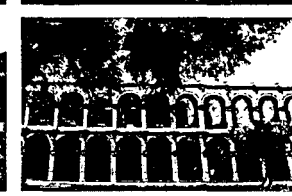
Elige · Vive · Disfruta

El olivar
restaurant • bar

Lo invitamos a disfrutar nuestra nueva tendencia culinaria plasmada de experiencia y creatividad en nuestro renovado restaurant bar.

Cuando piense en Hoteles piense en Sonesta ubicados en los mejores destinos del Perú: Lima, Cusco, Valle Sagrado Yucay, Lago Titicaca Puno y Arequipa





Sonesta Posadas del Inca

Reservas: T: 511-712-6050 F: 511-712-6040 www.sonesta.com

Sección de ensayos del concurso laboral universitario

Concurso Laboral Universitario: Ensayos

En el marco del Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que se realizó en la ciudad de Trujillo, los días 27, 28 y 29 de Octubre de 2004, se organizó un Concurso Laboral Universitario dirigido a los alumnos de pregrado de todas las universidades del país y a quienes hubieran egresado de las mismas hasta un año a la fecha de presentación de la investigación, especialmente de las facultades de Derecho, Ciencias Sociales y Relaciones Laborales.

El Concurso tenía como objetivos promover en el estudiantado universitario y recién egresados la realización de investigaciones en materia laboral y previsional y acercar la Sociedad a los estudiantes universitarios, objetivos que se cumplieron con el concurso y que han iniciado una relación que para la sociedad resulta importante y necesaria.

En esta sección de la revista se presentan ocho trabajos que postularon al Concurso. El primer trabajo de Karen Angeles obtuvo el primer premio y aborda el tema de la seguridad social en salud. El segundo premio correspondió a Ernesto Aguinaga que trató sobre el seguro de desempleo. Jessica García Rosas ganó el tercer premio con su ensayo sobre la naturaleza jurídica de la relación laboral del magistrado y la ratificación.

Asimismo se presentan los trabajos a los que les correspondieron las dos menciones honrosas que el jurado acordó entregar: el trabajo de Giuliana Higuchi abordó el tema de la inmunidad de los Estados como límite a la protección judicial

de los derechos laborales, y Laura Morillo desarrolló el tema de la responsabilidad social empresarial en el ámbito laboral.

Se ha decidido incorporar en la revista tres trabajos presentados al Concurso y que estuvieron como finalistas en tanto contribuyen a la discusión de los temas planteados. El primero es de Valeria Galindo referido al régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N° 20530. El segundo es el de Giuliana Paredes sobre la concentración empresarial, y el tercero es el trabajo presentado por Carlos Alberto Fernández que trata el tema de las acreencias laborales en los procesos concursales.

La Sociedad felicita a los que participan de esta publicación y especialmente a los tres ganadores y asimismo, afirma su compromiso de seguir promoviendo la investigación de los alumnos y recién egresados.

¿Es posible la competencia o la regulación en salud?

Karen Angeles
Abogada. Egresada Pontificia Universidad Católica del Perú

Sumario

Introducción. I. Panorama actual del Sistema de la Seguridad Social en Salud. II. ¿La salud es un servicio público? III. Sistema integral de salud. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Actualmente en el país no se da la importancia necesaria que requiere la salud tanto en el aspecto legislativo, financiero y administrativo. A través de una investigación sobre la Seguridad Social en Salud se puede determinar cuales son los pilares de su evolución como también sus puntos débiles que requieren de un nuevo replanteamiento.

El derecho a la salud, reconocido en la constitución en su artículo 11°, es brindada por distintos entes privados, públicos y mixtos dentro del régimen de libre competencia y la iniciativa privada, sin vulnerar las normas propias de la materia. Sin embargo, esto no es llevado en la práctica de la mejor manera, siendo los únicos perjudicados los asegurados.

En primer lugar se debe señalar que la Salud no es considerada en la normativa vigente como un servicio público. La Ley N° 26842, Ley General de Salud, indica en su Título Preliminar que la "la salud es una condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo", "la protección de la salud es de interés público. En ese sentido, es responsabilidad del Estado regular, vigilar y promover la salud. Así mismo se indica que es irrenunciable la responsabilidad del Estado en la provisión de servicios de salud pública.

En segundo lugar, se debe señalar que en el contexto actual la demanda de prestaciones de servicio de salud esta dividida entre "ofertantes" principalmente privados y públicos. Las ofertas de prestaciones de salud que brindan estos entes ofertantes no son controladas ni calificadas por entidades supervisoras especializadas que al momento de evaluar toman en cuenta la calidad y eficiencia de las prestaciones en beneficio de los asegurados, sino que simplemente la supervisión esta a cargo de organismos que sólo evalúan los temas financieros y societarios de los entes que prestan estos servicios. Este tipo de control no es el más adecuado para tener una información más veraz de la realidad del sistema en salud y para la adecuada protección de los derechos de los asegurados. Ejemplo de esta situación es el rol que desempeña la Superintendencia de Banca y Seguros **(SBS),** entidad encargada de controlar y supervisar los seguros médicos dentro del marco financiero y societario, y no en materia de las prestaciones de salud que brindan a los asegurados.

En tercer lugar, se debe indicar que en este escenario cumplen un rol importante las Entidades Prestadoras de Salud **(EPS),** las cuales están encargadas de brindar prestaciones de salud complementaria con infraestructura propia o de terceros, este último a través de entidades vinculadas (clínicas, hospitales, entre otros). El ente encargo de regular las EPS es la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud **(SEPS),** entidad que a diferencia de la SBS se encarga de, además de revisar los aspectos societarios y financieros, la supervisión de la calidad, eficiencia y eficacia de las prestaciones de salud brindadas por las EPS.

En cuarto lugar, existen además "empresas de la salud" denominadas Entidades Pre-pagadas, las cuales no tiene ningún tipo de supervisión directa por ningún ente regulador ni por el Ministerio de Salud **(MINSA).** Esto último genera preocupación al ver que la salud es tomada de manera discrecional por particulares a pesar de que se maneja fondos públicos que son los aportes de cada uno de los "socios" o"asegurados" de dichas empresas. Finalmente, no se debe olvidar que el MINSA (El Estado) se encarga de la asistencia pública y de brindar la salud a los que se encuentran en extrema pobreza a través del Sistema Integral de Salud **(SIS).**

Es por ello que el objetivo de la presente investigación es poder dar respuesta a la interrogante: ¿es posible hablar de libre competencia o regulación estatal

dentro del sector salud? y bajo el esquema actual ¿es posible generar un sistema integrado de salud?.

I. PANORAMA ACTUAL DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

La Constitución Política del Perú de 1993 reconoce en sus artículos 9°, 10°, 11° y 12°, el derecho a la salud y a la seguridad social, así mismo establece que el Estado debe garantizar el libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas y mixtas. En virtud de ello, es preciso indicar que la Constitución no establece que el Estado sea el único que deberá prestar los servicios de salud, sino que manifiesta una apertura a la participación de los entes privados. Adicionalmente, como complemento al fundamento constitucional tenemos lo que indica la Ley de Modernización de la Seguridad Social – Ley N° 26790 y su reglamento.

En el Perú el sistema de la seguridad social, en especial en materia de salud, es incipiente y con un desarrollo jurídico en crecimiento, es por ello que el objetivo de este capítulo es dar a conocer el panorama general para luego encontrar posibles soluciones a las controversias o conflictos que se suscitan.

De manera primigenia y general se puede señalar que la salud es otorgada a los ciudadanos bajo dos estructuras[1]:

a) Contributiva: por la cual las personas que se benefician con las prestaciones de salud deberán dar como contraprestación el pago de un aporte o prima. Dentro de esta clasificación podemos mencionar régimen complementario que consiste en prestaciones de capa simple otorgadas por la EPS, las cuales están supervisadas por la SEPS y la capa compleja por ESSALUD, por otro lado se encuentran los seguros privados y las empresas prepagadas[2].

Se entiende por capa simple todas aquellas enfermedades de complejidad mínima como por ejemplo: resfríos, anemias, faringitis. En cambio la capa compleja

[1] Estructura: Distribución y orden con que ha sido compuesta una determinada obra o sistema.

[2] Empresa Pre pagada: es una persona jurídica que brinda servicios de salud como contraprestación al pago de primas mensuales del asegurado. Cada de los afiliados tiene un fondo individual administrado por dichas empresas. Por ejemplo : la Clínica Maison de Santé.

comprende aquellas contingencias de alta complejidad y de mayores costos, por ejemplo: VIH, transplantes, y algunos tipos de cáncer.

b) No Contributiva: mediante la cual el Estado a través del MINSA otorga asistencia pública y prestaciones de salud a aquellas personas de bajos recursos económicos mediante el SIS.

El SIS es definido como un seguro subsidiario de atención en salud, cuya finalidad es brindar atención médica a aquellos que se encuentran en situaciones de pobreza tal que les resulte imposible contar con un seguro de salud.

Mediante la Ley N° 27657, publicada con fecha 29 de enero del año 2002, se crea del SIS como un organismo público descentralizado del MINSA, con el objetivo de contribuir a mejorar la calidad de vida de aquellas personas de escasos recursos y administrar los fondos destinados al financiamiento de prestaciones de salud individual.

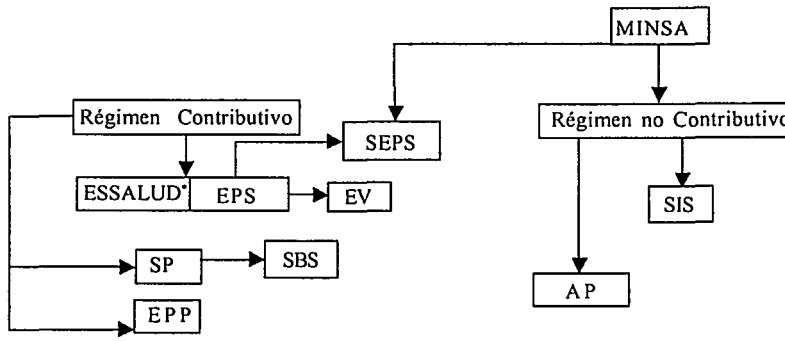
El SIS es parte de toda una política que pretende generar un apoyo y estabilidad para quienes no puedan acceder a satisfacer una necesidad básica como es la Salud. El propósito de su creación se refleja en lo siguiente:

· Asegurar el acceso de la población a servicios regulares de salud y a los medicamentos eliminando o modulando las barreras económicas.

· Mejorar la calidad de la atención en los servicios de Salud Pública de atención básica y de atención hospitalaria, acercándolos y adaptándolos a las diferentes realidades socio-culturales.

· Mejorar la calidad del gasto público mediante el diseño y aplicación de medidas dirigidas a fomentar la eficiencia y la eficacia de los servicios de salud.

A continuación un esquema que grafica las dos estructuras expuestas:



EPS: Entidades Prestadoras de Salud
SIS: Sistema Integral de Salud
SEPS: Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud
SBS: Superintendencia de Banca y Seguros
EV: Entidad Vinculada (Clínicas Privadas, algunos Hospitales, etc)
*Adscrita al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo
EPP: Empresas prepagadas
AP: Asistencia Pública
MINSA: Ministerio de Salud
SP: Seguros Privados

En el gráfico que antecede se advierte que conforme a la Ley N° 27056, el Seguro Social de Salud (ESSALUD) es un organismo público descentralizado, creado sobre la base del IPSS, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Sector Trabajo y Promoción Social (actualmente el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo - **MTPE**), pero con autonomía técnica, administrativa, económica, financiera, presupuestal y contable, así como el Ministerio de Trabajo y Promoción de Empleo ostenta facultades para regular a sus OPD (Organismos Públicos Descentralizados), conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 560.

En lo relativo a ESSALUD hacemos notar que en principio fue creado para brindar prestaciones de salud a los trabajadores dependientes del seguro social, sin embargo, actualmente los seguros que se ofrecen en ESSALUD van más allá de la protección a los trabajadores y se clasifican de la siguiente manera: a) Regular: comprende trabajadores en actividad, pensionistas y el seguro del pescador, b) ESSALUD Vida: por el cual se incluye la cobertura familiar por accidentes, c) **SCTR**: seguro complementario de trabajo de riesgo, d) Otros: comprende al seguro agrario y al seguro facultativo (facultativo independiente, continuador facultativo, chofer profesional independiente, y amas de casa y/o madre de familia).

En ese sentido, esta clasificación parecería restar sustento al hecho que ESSALUD sea una OPD del MTPE, el que se circunscribe a las relaciones propiamente laborales, escapando, en ese sentido, de su especialidad e interés.

Se considera que la salud requiere de una regulación técnico y jurídica especializada, en consecuencia debería encontrarse adscrita al Ministerio con competencia en materia de salud.

Por otro lado, en el gráfico reseñado se advierte que son OPD del MINSA, entre otros, la SEPS y el SIS, respecto de las cuales dicho Ministerio ostenta las facultades previstas en la Ley N° 27657. Asimismo, que desde el punto de vista estrictamente sanitario la responsabilidad de velar por la idoneidad de la calidad de los servicios médicos prestados y de la infraestructura de los establecimientos de salud a nivel nacional, corresponde al Ministerio de Salud a través de los mecanismos de acreditación de establecimientos de salud vigentes.

En cuanto a la SEPS se advierte que se encuentran dentro de su ámbito de supervisión las EPS's y las Entidades que prestan servicios vinculados a los Planes de salud de las Entidades Prestadoras de Salud.

Sin duda, el hecho de que estas entidades (EPS) capten los fondos del público, a condición de una prestación de servicios de salud a futuro para sus afiliados, es decir no una prestación inmediata, genera la necesidad de que sean supervisadas por el Estado, a través de un ente que se encargue de fiscalizar el correcto y eficiente uso de los fondos. Es por ello que la SEPS además de verificar los fondos de cada EPS, sus balances y estados financieros, tiene como función principal el de supervisar y regular las prestaciones que éstas brindan a los afiliados. Esto último hace la diferencia entre los seguros privados supervisados por la SBS, cuya finalidad de su supervisión se limita a proteger los fondos del público en el plano financiero y de inversión.

a) Sistema Complementario:

La complementariedad es reconocida por la Constitución Política y en la Ley N° 26790- Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, conforme a la cual se crea un régimen contributivo constituido por el Seguro Social de Salud, a

cargo del Instituto Peruano de Seguridad Social (hoy ESSALUD) y complementado por las Entidades Prestadoras de Salud.

En el capítulo IX de dicha Ley se manifiesta expresamente la funcionalidad de la complementariedad, al señalar que cuando se determina que el tratamiento excede al plan de salud contratado, la EPS será responsable de coordinar para que el asegurado sea transferido a ESSALUD. Asimismo, si la prestación no es de cargo de ESSALUD, éste podrá admitir al paciente trasladando los costos del tratamiento a la EPS.

A diferencia de nuestro país la Seguridad Social en Salud en Chile[3], se basa no en un sistema complementario sino alternativo, y este se da a través de la Superintendencia de Institutos de Salud Previsional (ISAPRES). Los ISAPRES son entidades privadas que otorgan servicios de salud a un 23% de la población en Chile. Dichas entidades operan como sistema de seguros de salud basado en contratos individuales de duración indefinida, en el Perú éstas reciben el nombre de EPS.

En el Perú, el legislador como política social mantiene un sistema alternativo en el SCTR[4], puesto que la entidad empleadora puede contratar la cobertura de salud por trabajo de riesgo, a su libre elección, por cualquiera de las siguientes entidades: ESSALUD o la EPS. Asimismo, la alternatividad se optó en materia de sistema de pensiones, ya que tiene la posibilidad de elegir entre la ONP (Oficina Nacional Previsional) o a una AFP (Administradora de Fondos de Pensiones).

Es cuestionable que el sistema de Seguridad Social en Salud se mantenga complementario, ya que hay pocas mejoras en la calidad de las prestaciones que se brindan a los asegurados. Esta situación no permite cumplir a cabalidad con los principios esenciales de la misma, y con su finalidad que es la de brindar prestaciones de prevención, promoción, recuperación y subsidios, para la preservación de la salud y el bienestar social.

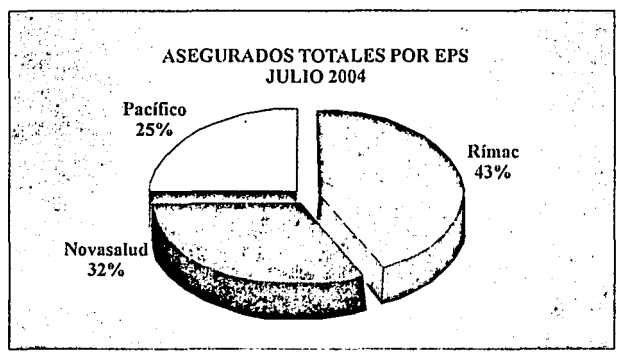
[3] http://www.sisp.cl (página web de la superintendencias de ISAPRES en chile)

[4] En el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo los beneficiarios son todos aquellos trabajadores que realizan una actividad de riesgo reconocida por la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud N° 26790. Es un seguro que el empleador tiene la obligación otorgarlo a sus trabajadores comprendidos en la norma.

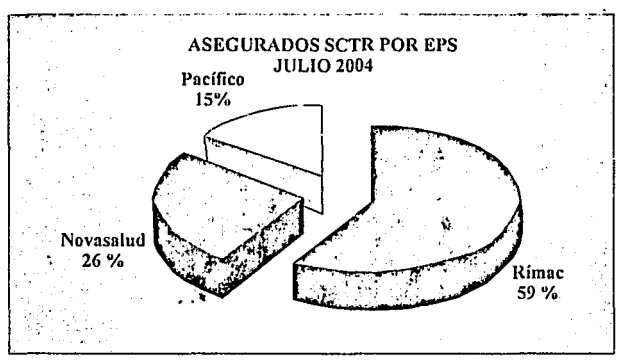
De considerarse un cambio del régimen complementario al alternativo en el sistema de seguridad social, generaría que las EPS no sólo se encargue de brindar atención en capa simple, sino estarían obligadas a atender la demanda de capa compleja, en competencia con ESSALUD. En ese sentido, el ciudadano puede tener la opción de elegir de acuerdo a su capacidad económica y la calidad de las prestaciones, la entidad (ESSALUD o EPS) que satisfaga sus necesidades.

Asimismo, actualmente con relación al SCTR existe competencia entre las EPS, dentro del sistema alternativo. A continuación se muestran gráficos[5] sobre la distribución de afiliados de julio de 2004 entre las tres EPS existentes (Rímac, Novasalud y Pacífico)

Sistema complementario (afiliados regulares)



Sistema alternativo (SCTR)



[5] Fuente: www.seps.gob.pe (Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud- SEPS)

b) Seguros Privados:

Es importante tener en cuenta que existe otros tipos de mecanismos de recibir atención en salud como los Seguros Privados (Generaly Perú, Hermes, Mafre, entre otros). Entre los principales seguros privados supervisados por la SBS se encuentran[6]:

Ramos Generales y de Vida	Ramos Generales	Ramos de Vida
Generali Perú	El Pacífico Peruano Suiza	Altas Cumbres
La Positiva	Mapfre Perú	El Pacífico Vida
Rímac Internacional	Royal & SunAlliance – Seguros Fénix	Interseguro
Sul América	Secrex	InVita Seguros de Vida
		Mapfre Perú Vida
		Royal & SunAlliance – Vida

Estructura de las Primas de Seguros por Riesgos
(En porcentajes)

Generales	Jun-00	Jun-01	Jun-02	Jun-03
Accidentes	44,6	45,5	51,0	40,0
Enfermedades	18,2	16,7	14,5	14,9
Seguros de Vida	24,2	25,1	23,3	36,8
Seguros Previsionales	13,0	12,7	11,2	8,3
TOTAL	100	100	100	100

La SBS tiene por finalidad, en materia de seguros, clasificar a las empresas del sistema de seguros de acuerdo con criterios técnicos y ponderaciones que serán previamente establecidos con carácter general y que considerarán, entre otros, los sistemas de medición y administración de riesgos, la solidez patrimonial, la rentabilidad y la eficiencia financiera y de gestión, y la liquidez. Es decir no está dentro de su ámbito supervisar ni regular los servicios de salud prestados a los asegurados.

[6] Fuente: www.sbs.gob.pe (Superintendencia de Banca y Seguros – SBS)

En ese sentido, se puede señalar que la facultad de supervisión de la SBS en este sistema de seguros, se basa en que éstos perciben fondos del público, en cambio en el caso de la SEPS, no solamente su competencia de supervisión a las EPS depende de que éstas administran fondos del público, sino que además la finalidad de ellas es brindar prestaciones de salud, las cuales al ser un derecho intrínseco de cada ser humano, supervisan la calidad y eficacia de dichas prestaciones.

Por otro lado, la salud es otorgada también a través de las Prestadoras de Salud Prepagadas, que son aquellas que brindan servicios de salud preventiva, curativa y/o de rehabilitación, en condiciones pactadas previamente con sus afiliados, mediante establecimientos propios o de terceros, a cambio de un aporte económico regular, periódico, voluntario y anticipado al servicio, que no están organizadas como EPS u otra forma reconocida por Ley. El inconveniente de éstas es que no se encuentran supervisadas por ninguna de las dos superintendencias antes mencionadas, ni por el MINSA.

Es preciso indicar que a diferencia de lo anteriormente señalado, existen los Brokers que se encargan de contactar a las personas que requieren de un seguro con las entidades que prestan servicios de salud, es decir son intermediarios para concretar relaciones de afiliación, y por ello reciben una subvención económica. Este tipo de figura no tiene una regulación en la legislación peruana, al igual que las administradoras de salud, cuya finalidad es solamente la buena administración de los fondos sin prestar la atención médica con infraestructura propia o de terceros.

c) Un único Ente Supervisor del Sistema Nacional de Salud:

Actualmente en países como Paraguay y Argentina[7] el sistema de seguridad social en salud se encuentra supervisada por una sola entidad pública que se encarga de garantizar y proteger adecuadamente el servicio de salud con la finalidad de mejorar la calidad de las prestaciones y los servicios, contener los costos administrativos y operativos, y de mejorar la eficacia y eficiencia de los programas de salud. Otro país que mantiene esta corriente es: Colombia (Superintendencia Nacional de Salud), por lo general estas entidades únicas de supervisión son organis-

[7] La Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), Las reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica, Madrid, Secretaría General de la OISS, 1998, pág. 17 – 27

mos adscritos al Ministerio de Salud con personería jurídica cuyo objeto es el de regular y controlar a los actores del sector, y asegurar el cumplimiento de las políticas del área para la promoción, preservación de la salud de la población.

Dichas superintendencias generalmente están adscritas al sector salud, con la finalidad primordial de controlar y supervisar adecuadamente las prestaciones, además cuentan con una variedad de facultades que hace que los efectos de su supervisión sean más eficaces. Sin embargo, a lo largo del presente trabajo se mostrará una posición sobre este tema con ciertos matices, que nos llevarán a postular la creación de un organismo regulador autónomo e independiente, aspecto que no se conseguiría plenamente si fuera adscrito al sector salud.

En nuestro país, existen propuestas referidas a la creación- sobre la base de sí misma- de una Superintendencia Nacional de Salud (SNS) encargada de autorizar, regular y supervisar, con facultades sancionatorias y coactivas, el adecuado funcionamiento de las entidades que prestan servicios de salud con infraestructura propia o de terceros.

Así las cosas, el ámbito de supervisión de la SNS versa sobre el funcionamiento de las entidades que prestan servicios de salud, llámense: establecimientos de salud, servicios médicos de apoyo cualquiera sea su naturaleza o modalidad de gestión, profesionales en medicina, odontología, farmacia o cualquier otra relacionada a la salud, empleadores, entidades que prestan servicios de salud prepagos y entidades financiadoras de prestaciones de Seguridad Social con infraestructura propia o de terceros.

En conclusión se puede señalar que el sistema de la salud en general, el cual incluye la seguridad social, seguros privados, asistencia médica del MINSA y el Sistema Integral de Salud, no tiene una estructura organizada y coherente, esto conlleva a que no exista un financiamiento y una supervisión adecuada, integral y eficiente sobre las prestaciones médicas que cada una de ellas brinda a los ciudadanos, poniendo en riesgo el bienestar y la vida de cada una de ellos.

Es por ello, que se buscará en el transcurso de los siguientes capítulos determinar si es posible mejoras en la calidad de las prestaciones a través de la inclusión de conceptos de libre competencia y/o regulación, teniendo como premisa a

la salud como un servicio público, esto último se analizará de manera jurídica y teniendo en cuenta la realidad del sistema.

II ¿LA SALUD ES UN SERVICIO PÚBLICO?

El pasado 05 de junio de 2003 un Congresista de la República[8] presentó un proyecto de ley por el cual se propone precisar los pagos al Sistema de Seguridad Social en Salud por concepto de prestaciones de salud comprendidas en la denominada Capa Simple, brindadas por el Seguro Social de Salud (ESSALUD) y por las EPS, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 26790, ya que señala que constituyen retribuciones por prestaciones de servicios y se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Impuesto General a las Ventas. Asimismo, dentro de los fundamentos de la Exposición de Motivos de dicho proyecto de ley se indica que:

1. De acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Modernización de la Salud, Ley N° 26790, el 25% de los aportes al sistema de salud (9%) corresponden a lo que se denomina "Capa simple ó plan mínimo". Es en este segmento en donde la Ley prevé que se debe dar la competencia entre las Empresas Prestadoras de Salud (EPS) de carácter privado y ESSALUD.

2. Sin embargo, las EPS están sujetas a todas las reglas fiscales, y en consecuencia pagan IGV, y ESSALUD no, por que se considera que todo el aporte de 9% tiene la naturaleza de tributo, lo cual configura un supuesto de competencia desleal. La posibilidad de exonerar de IGV a las EPS, resultaría contradictoria con la política del Gobierno.

3. Por ello se propone modificar la legislación de manera que se establezca claramente el "Servicio de Salud de capa simple" prestado tanto por las EPS como por ESSALUD, al cual se gravaría con IGV, pero sin alterar el desembolso total de 9% que realizan los empleadores. Consecuentemente dicho aporte estaría formado por:

- Servicio por la capa simple (25% de total) 2.25%
- IGV sobre la capa simple 0.40%
- Aporte a ESSALUD.....6.35%

TOTAL 9.00%

[8] Información obtenida de la página web del Congreso de la República (www.congreso.gob.pe)

Lo importante de este proyecto de ley para la presente investigación, es que la base de dicho proyecto es concebir a la libre competencia como un elemento existente en la relación de las EPS y ESSALUD respecto a las prestaciones de capa simple. A continuación se analizarán los factores que permitan concebir a la salud como servicio público, y posteriormente la concepción de un sistema de libre competencia o un sistema regulatorio.

A) Servicio Público

El concepto de servicio público ha ido modificándose en el transcurso del tiempo. Una definición tradicional señala que los servicios públicos son aquellos indispensables para la colectividad y el Estado tiene que asegurar su prestación. En ese sentido, Juan Francisco Linares[9] señala que el servicio público es la prestación obligatoria individualizada y concreta de cosas y servicios, para satisfacer necesidades colectivas y primordiales de la comunidad, ya directamente por la Administración, ya por medio de particulares, en ambos casos bajo régimen de derecho público.

Sin embargo, frente a esta concepción, la doctrina[10] contempla básicamente tres teorías:

a) Teoría subjetiva: tiene su origen en Francia, y define a los servicios públicos como aquellos prestados por el Estado directamente.

b) Teoría objetiva: surge como alternativa a la crisis de la teoría subjetiva, y tiene como principal característica el concebir al servicio público por una necesidad pública [11]y su continuidad.

c) Teoría funcional: señala que el concepto de servicio público es instrumental que le permite al Estado una regulación intensa. Es decir que será servicio público "lo que el Estado desea que sea" según la situación del mercado.

[9] LINARES Juan Francisco. Derecho Administrativo, España Madrid, 2da edición, 1979.

[10] DANÓS Jorge, Material de Texto de la PUCP del Curso de derecho Administrativo II, Lima, 2003

[11] Nota: La necesidad pública se refiere a toda aquella actividad que es primordial su desarrollo para satisfacción de una colectiva. En caso de que los particulares no puedan desarrollar deberán el Estado intervenir para incentivar y promover el desarrollo de actividades que responda a la demanda del colectivo.

Al respecto de esta última teoría la doctrina señala que el Estado calificará como un servicio público si es que aquél cumple con tres requisitos[12]:

1. Principio de legalidad: debe existir una ley formal, es decir aprobada por el Congreso de la República, qùe señale las actividades que serán concebidas servicios públicos, y por ende tendrán una regulación del estado de manera intensa.

2. No debe perjudicar el núcleo de los derechos fundamentales: es decir que concebir una actividad como servicio público puede limitar un derecho fundamental pero, siempre y cuando no afecte el núcleo de dichos derechos, de acuerdo a los principios de proporcionalidad, razonabilidad, e interés público.

3. La finalidad de satisfacer una necesidad pública con la regulación.

a.1) Características esenciales:

La doctrina señala que las características esenciales de un servicio público son las siguientes[13]:

a) *Continuidad:* es decir que el servicio que se brinde no deberá interrumpirse, pues de lo contrario generaría un perjuicio a la colectividad. La continuidad incluye permanencia

b) *Regularidad*: que implica que el servicio sea pleno, es decir que las características del servicio brindado deben ser de la misma calidad y cantidad, según sea el caso.

c) *Igualdad:* respecto a este punto se señala que el servicio debe abastecer a todos los solicitantes, según el cuerpo de disposiciones que fija las condiciones del servicio mediante un reglamento, resolución, etc.

d) *Generalidad*: implica que el servicio se encuentre dirigido a todos los ciudadanos en un ámbito determinado. Este característica esta vinculada al

[12] Nota: información derivada del dictado del Curso de Derecho Administrativo II en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

[13] GUZMÁN, Christian, Hacer de los conceptos de servicios públicos e interés público. En: Material de Texto del Curso de Derecho Administrativo II, editado por la PUCP, año 2003, págs, 181-186.

derecho constitucional de igualdad de trato (artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú de 1993).

e) *Obligatoriedad*: es decir que es un deber satisfacer la necesidad pública de la colectividad. Este rasgo esencial comprende: 1) la admisión del solicitante, 2) que el usuario admitido contrae una serie de obligaciones, 3) se debe tener en cuenta que ciertos servicios son de prestación continuada.

a .2) Clasificación de los servicios públicos:
La clasificación más completa de los servicios públicos es la siguiente[14]:

i) Servicios Públicos Esenciales y No Esenciales: los primeros cubren necesidades fundamentales y primarias de la comunidad. Por ejemplo: agua, energía eléctrica, sanitarias, entre otras. Los segundos satisfacen necesidades menos primordiales, ejm: teatro, servicio de parques y jardines, etc.

ii) Servicios Públicos Gratuitos y Onerosos: los primeros no requieren contraprestación y se financian a través de impuestos y contribuciones. En cambio, los onerosos implican una contraprestación por los servicios que pueden brindar el Estado directamente, llamada tasa, o a través de entidades privadas, denominada tarifa.

iii) Servicios Públicos Obligatorios y Facultativos: esta clasificación hace referencia a los usuarios o particulares. Serán servicios obligatorios por ejemplo: educación, serenazgo, y servicios facultativos, las telecomunicaciones.

iv) Servicios Públicos Uti Singulari y Uti Universi: respecto a los primeros se caracterizan porque el usuario está individualizado, es decir el que paga el servicio es el beneficiado directamente. En cambio en los segundos el usuario no está individualizado, es decir que el beneficiario no necesariamente es el que paga el servicio sino una colectividad. Por ejemplo: servicios de orden público, limpieza pública, entre otros.

[14] Nota: información derivada del dictado del Curso de Derecho Administrativo II en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

v) Servicios Propios e Impropios: esta clasificación se basa en la persona que presta el servicio y el título con que se los presta. Se denominan propios los que abastece el Estado por sí o por medio de un particular en régimen de concesión. Los impropios son los prestados por particulares como tales, con base en una licencia o autorización, con una mínima reglamentación, aplicación de tarifas. Ejemplo: taxímetros.

Respecto a los servicios impropios se puede señalar que los requisitos para ser considerado como tal son[15]: (i) actividad dirigida al público, (ii) obligatoriedad de una tarifa, (iii) acto administrativo que lo establezca (autorización), (iv) reglamentación referente a la prestación, e (v) interés general.

Sin embargo, la Doctrina[16] hace notar una diferencia entre servicios públicos impropios y los virtuales, que en muchas ocasiones pueden ser considerados sinónimos, ésta consiste en que el servicio público virtual permite a la administración imponer ciertas condiciones al particular que la dirige, como la obligación de la entidad privada de cumplir las características mínimas para que la prestación del servicio público sea eficiente. En ese sentido, se puede afirmar que una actividad que presenta un rasgo claro de interés general, pero no es reconocida como tal por una Ley Formal, puede ser considerada como "servicio público", a este supuesto se le denomina "virtual".

Con esta concepción se corre el riesgo de considerar cualquier actividad como un servicio público, sin tener en cuenta necesariamente las condiciones esenciales.

Al respecto considero, de acuerdo a la clasificación de servicios públicos y sus características básicas expuestas en párrafos anteriores, que la salud en un sistema complementario de la seguridad social brindados por las EPS, no puede ser encuadrado sólo en un tipo de clasificación de servicios públicos, puesto que contiene características de cada una de ellas: puede ser calificado como un *servicio público impropio*, en la medida que el Estado no es quien presta el servicio de salud, sino es brindada a través de entes particulares denominada "EPS" , que están reglamentados por normas estatales como la Ley Nº 26790 " Ley de Modernización de la Seguridad Social" y su Reglamento aprobado por el Decreto

[15] María Diez, Derecho Administrativo, Tomo III, 2da edición, Buenos Aires,1979, pág 340-343.
[16] Ibidem

Supremo N° 009-97-SA. A la vez se puede afirmar que es un servicio obligatorio y uti universi, puesto que el desarrollo de este servicio es necesario para la colectividad y además los beneficiarios no están individualizados.

De esta manera el tema de la salud no puede ser enmarcado en una sóla clase de servicios, sin embargo, lo importante de este análisis es que nos permite señalar que en el tema de salud es posible considerarlo como un servicio público por los caracteres comunes que tiene la salud con las clasificaciones anteriormente señaladas, pero dentro de una clasificación de servicio público que podría denominarse "híbrida".

En ese sentido, al considerar a la salud como un servicio público el Estado tiene la posibilidad de intervenir como regulador en la actividad de los particulares de una manera coordinada, respetando los lineamientos generales de la Ley pertinente y controlando la calidad de los servicios a través de las directivas que emita el organismo regulador; a esto se denomina **"regulación genérica del Estado".**

Es preciso señalar que una figura diferente a la regulación genérica, es la regulación intensa del Estado en la cual la actividad considerada como servicio público no sólo es controlada por el Estado a través de la Ley, sino también por el contrato de concesión, y los reglamentos y directivas que emita la entidad encargada de la regulación. Ejemplo a esta última regulación es el servicio de las telecomunicaciones en donde el estado ejerce su control no sólo haciendo respetar la Ley de la Telecomunicaciones, sino supervisando el cumplimiento de cada una de las cláusulas del contrato de concesión y las directivas que el organismo regulador, OSIPTEL, emita respecto a ello.

B) Defensa de la libre competencia o Regulación (ventajas / desventajas)

El Derecho de Libre Competencia (antitrust) reconocido en la Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 58° y siguientes, y en el Decreto Legislativo N° 701 tiene 3 pilares fundamentales: a) proteger directamente el sistema económico de libre mercado, b) proteger indirectamente a los consumidores, y c) proteger indirectamente a los empresarios , puesto que impide el aumento de barreras de acceso. En ese sentido este Derecho busca promover la competencia en el mercado y es un instrumento de acción indirecto que opera no definiendo conductas de las empresas en el mercado ex ante, sino actúa corrigiendo ex post

determinadas prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

De acuerdo a la Teoría de Coase[17] el Estado no debe intervenir en el mercado si los conflictos que se susciten los pueden resolver los particulares. Sin embargo, si a pesar de la existencia de reglas claras existen ciertas dificultades para mantener el equilibrio en el mercado, el Estado deberá intervenir ejerciendo un rol subsidiario.

En cambio, la regulación económica es definida por Ariño como "la actividad normativa en la que el gobierno condiciona, corrige, altera los parámetros naturales y espontáneos del mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos a la actuación de los agentes económicos."[18] Al respecto debe indicarse que el objetivo de la regulación estatal no es sustituir al mercado, sino corregir sus quiebres, y debe constituir una actividad altamente especializada y técnica.

La regulación puede clasificarse de dos tipos: a) regulación genérica: es decir no intensa, y esto se debe a razones de seguridad ,salud y moral, y b) regulación específica; es decir regulación intensa para ciertas actividades que se denominan " servicios públicos". En ese sentido se señala que la regulación económica actúa ex post y/o ex ante y de manera sectorizada, las decisiones son centralizadas por la administración y desempeñadas por entes distintos a ella.[19]

En la situación actual del sistema de seguridad social en salud, no puede ser en marcada dentro del concepto de libre competencia, puesto que la actividad de los privados es incipiente y no se encuentran en condiciones de igualdad frente aquellas entidades estatales que brindan servicios de salud. Es por ello, como lo mencionamos en el primer capítulo del presente trabajo, que es necesario la intervención estatal mediante una regulación específica e intensa para promover de esa manera un desarrollo adecuado de la salud y promover el crecimiento de una mejor calidad en el servicio.

[17] POLINSKY Michell, Introducción al análisis económico del derecho, capítulo III – el teorema de Coase, tercera edición. 1980, pág. 23 - 26

[18] CASES PALLARES LLuis. La defensa de la Competencia como Instrumento de Acción En: Derecho Administrativo 2-Selección de Textos PUCP, Lima, 1979, Pág 105-108.

[19] Ibidem

La doctrina señala que las ventajas de un sistema de regulación son[20]:

- Controla a empresas que poseén un monopolio natural.
- Persigue conseguir la máxima eficiencia del conjunto de la economía.
- Asignación eficientemente los recursos.
- Control a las ganancias inesperadas.
- Corrige las externalidades, es decir eliminar costos sociales que generen actividades económicas.
- Contrarresta la asimetría de la información.

Sin embargo las críticas a la regulación se manifiestan principalmente en dos aspectos[21]:

1) A veces es percibida como un método para proteger intereses privados a costa del bien público.

2) El proceso regulador se produce con extraordinaria lentitud, debido a la necesidad de obtener una detallada y precisa información para adoptar las decisiones reguladoras.

Sin embargo, considero que estas críticas pueden ser superadas siempre que se establezcan reglas claras entre las partes de la regulación (órgano regulador, entidades privadas y usuarios) y se mantenga una simetría de la información.

C) Organismo Regulador

Con la creación de los organismos reguladores se trata de superar la contradicción que se presenta entre la "actividad pública"que desempeñan las compa-

[20] NALLAR Daniel M, El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público, primera edición, Buenos Aires, ediciones Desalma, 1999.
[21] CASES PALLARES LLuis. Op.cit. Pág 109-110

ñías de servicio público, con su condición de empresa privada que busca, lógicamente, obtener el máximo beneficio[22].

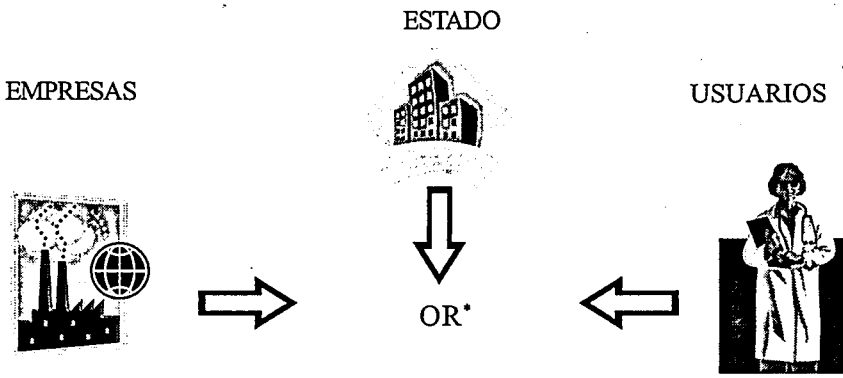
Un organismo regulador debe ejercer un control técnico, normativo y principalmente en su potestad sancionadora ante los entes supervisados, para hacer posible la continuidad y regularidad del servicio público. Respecto al control técnico, se requiere que el personal que labora en dichos organismos posean una preparación técnica constante, que se manifiesta principalmente en la motivación de las resoluciones de carácter normativo y sancionador. Con relación a la potestad sancionadora, la doctrina reconoce que la gradación de las sanciones responderán a los principios de razonabilidad y proporcionalidad

Continuando con lo expuesto se puede concluir respecto a este punto, que es pertinente concebir la idea de generar un Organismo Regulador en el tema de salud, que permita el desarrollo técnico y normativo del sector, y a la vez mayor participación de los entes privados. Dicho Organismo deberá estar adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros para mantener su autonomía e independencia y especialización en la tema de decisiones en temas y conflictos de interés.

Por otro lado, se promueve con su creación, una mayor participación de los usuarios o asegurados en dicho sistema, a través de reclamos por una inadecuada atención médica, exigiendo información idónea que permita al afiliado o asegurado la toma de decisiones respecto a su salud.

Así mismo, se promueve una cultura de conciliación, que es un mecanismo de llegar a acuerdos entre las partes y generar reflexiones sobre el servicio brindado y también alternativas para mejorar las prestaciones en beneficio de los afiliados. Esto es muy importante, puesto que no necesariamente un conflicto entre los prestadores del servicio y el usuario terminan en procesos judiciales largos, sino que a través de la conciliación existe mayor celeridad en la solución de conflictos y además se profundiza del sentir de las partes y sus intereses a través del dialogo horizontal entre ellas.

[22] KRESALJA BALDO, R, El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos. En Themis N° 39 Lima, 2001, Págs. 39-98 * OR: Organismo Regulador



*OR Organismo Regulador

Respecto al gráfico anterior, se puede apreciar que un Organismo Regulador (OR) se encuentra entre fuerzas de intereses como el Estado, las empresas privadas supervisadas y los usuarios. A pesar de ello el OR debe actuar con independencia y autonomía, estos principios le permitirán que no sea "capturado" por ninguna de estas fuerzas.

En el siguiente capítulo se profundizará respecto a lo señalado a esto último, y así generar alternativas de solución frente a la coyuntura de la seguridad social en el Perú.

III. SISTEMA INTEGRAL DE SALUD

Continuando con el hilo conductor de la presente exposición, y teniendo en cuenta los principios base de la seguridad social, es posible esbozar una nueva organización denominada "sistema integral de salud".

Dicho sistema promoverá un nuevo concepto de la salud considerada como un servicio público, en el cual las empresas privadas podrán prestar un servicio de salud, dentro de los lineamientos y regulaciones que el Organismo Regulador disponga. Sin embargo, para el cumplimiento efectivo de los fines del organismo regular es preciso reestructurar el sector salud.

El Sistema Integral de Salud, tiene por finalidad :

1. Universalización de la información para todas las entidades que formen parte del sistema.

2. Establecer un control universal de todas las entidades privadas que prestan servicios de salud.(EPS, Entidades Prepagadas, Seguros Privados).

3. Controlar la calidad de las prestaciones de salud otorgadas por el Estado con la participación de los asegurados y del organismo regulador adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, para resguardar su autonomía e independencia.

4. Establecer reglas claras y uniformes para todo el sistema, para una adecuada información y protección del asegurado.

Para entender la importancia de generar un sistema integral de salud como alternativa de solución al caos de los sistemas de seguridad social, es preciso comentar, como ejemplo, dos regímenes opuestos de la seguridad social: el sistema alternativo Chileno y el sistema complementario Peruano.

En Chile se creó las ISAPRES [23] en 1981, las cuales serían pilares de la reforma del sistema de salud chileno que hasta antes de su creación se hallaba conformada por un sistema de salud nacional, en el que el Estado monopolizaba la administración de servicios de salud. Las ISAPRES son entidades privadas que otorgan servicios de salud a un 23% de la población y operan como seguros de salud basados en contratos individuales de duración indefinida, y las personas que se afilian obtienen beneficios de acuerdo a la cobertura del plan de salud contratado. En el Perú existen las EPS, que al igual que las ISAPRES prestan servicio de salud, de acuerdo a la cobertura del plan de salud elegido por los trabajadores.

Dentro de estas coyunturas la política social de estos dos países ha visto conveniente la creación de organismos de supervisión como son la Superintendencia de ISAPRES en Chile y la SEPS. La primera creada por le artículo 1° de la Ley N° 18.9333 de 1990 y la segunda por el artículo 14° de la Ley N° 26790 de 1997, ambas con la misión de vela la máxima satisfacción de los afiliados a las entidades privadas que brinda servicios de salud.

Sin embargo, a pesar de estas semejanzas, la diferencia está en que ambos organismos de supervisión se encuentran dentro de distintos regímenes de política

[23] Superintendencia de ISAPRES en Chile : www.sisp.cl

social, es decir que mientras la Superintendencia de ISAPRES de Chile forma parte de un régimen alternativo, la SEPS del Perú conforma el régimen complementario.

El hecho de que en Chile exista un régimen alternativo significa que el asegurado puede optar entre servicios de salud brindados por entidades estatales o servicios que proporcionan las entidades privadas, por otro lado, esto lleva a que la superintendencia de ISAPRES tengan mayores competencias y facultades en las toma de decisiones respecto a la supervisión y control de las entidades privadas.

En cambio, régimen complementario en el Perú significa que el asegurado podrá optar en atenciones de salud que le brinde sólo el estado o podrá escoger una EPS que le brinde las atenciones a enfermedades no complejas (denominada capa simple) y las enfermedades de mayor complejidad (capa compleja) siempre serán brindadas por EsSalud. Por otro lado, la SEPS tiene competencias limitadas al momento de la supervisión, puesto que se enmarcan sólo en las prestaciones de salud de capa simple brindadas por las EPS.

Como se puede apreciar en Chile y Perú se practican dos regímenes (alternativo y complementario) totalmente opuestos. Cada uno de ellos tienen argumentos a favor y en contra. Actualmente la federación de salud de Chile plantea una reforma al régimen alternativo de prestaciones de salud. Entre otros argumentos están los siguientes[24]:

1. En Chile coexisten dos sistemas de salud, uno público, que es solidario entre los que forman parte de él, y donde los menos pobres solidarizan con los más pobres; y otro sistema donde están los sectores de mayores ingresos de ese país, el cual consiste en una capitalización individual a través de seguros privados de salud .

2. Estas condiciones han generado que el sector privado que atiende aproximadamente a un 30% de la población de dicho país tenga un gasto mayor que el sistema público que atiende al resto del país. Esta situación provoca el desfinanciamiento de los establecimientos del sector público, y por ende escasez de recursos para atender a sus beneficiarios.

[24] Pág Web www.sociedadcivil.cl/fenpruss

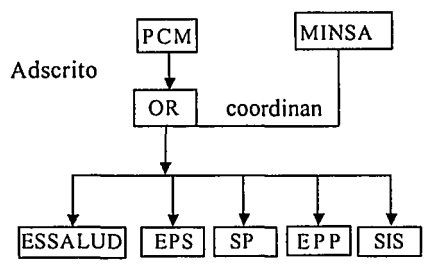
Frente a esta situación chilena, se plantea un modelo de salud a través de un financiamiento solidario, que fortalezca al sector público, en el cual existan aportes que se dirijan a un fondo único. En conclusión "sostienen que la salud no puede estar regulada por los vaivenes del mercado, sino que debe ser responsabilidad del Estado otorgar una salud integral y universal."

Como se puede apreciar el sistema alternativo también presenta problemas al igual que un sistema complementario característico en el Perú. Frente a estas situaciones deberá promoverse lineamientos básicos para generar un sistema integral de salud.

Para concebir la idea de un sistema de salud requiere que el Estado intervenga en la prestación de servicios de salud a través de un ente regulador y supervisor, cuya finalidad será el controlar la calidad de las prestaciones y asegurar el derecho a la salud de los ciudadanos. Para ello se requiere una reforma no sólo en el tema de seguridad social, sino en la administración de las prestaciones.

Considero que la alternativa a la situación actual de la seguridad social es la creación de un organismo regulador de salud encargado de supervisar, regular a los entes público y privados que se dediquen a brindar prestaciones de salud, con plena coordinaciones con los demás entes del sector y generando una simetría en información a favor de los usuarios o asegurados.

A continuación una un esquema de una nueva estructura organizativa:



MINSA: Ministerio de Salud
EPS: Entidades Prestadoras de Salud
OR: Organismo Regulador
PCM: Presidencia del Consejo de Ministros
SP: Seguros Privados
EPP: Entidades Pre – Privadas
SIS: Sistema Integral de Salud

Cada una de estas entidades que prestan servicios deberán estar supervisadas por el Organismo Regulador, con competencias distintas a lo que ejerce el Ministerio de Salud (MINSA), y adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM). Esto último es un elemento de suma importancia porque considero que de esta manera se asegura una mayor independencia y autonomía en las funciones y decisiones del organismo regulador.

Si dicho organismo estuviera subordinado al MINSA no gozaría imparcialidad puesto que la última instancia en la toma de decisiones y solución de conflictos sería el Ministerio del sector.

El motivo de que los organismos reguladores estén adscritos al PCM, es que ellos son la última instancia en la toma de decisiones y en la resolución de asuntos de su competencia, además los organismos reguladores no se someten necesariamente a la política del sector de la PCM, y marca una independencia y autonomía funcional y administrativa.

CONCLUSIONES

Las conclusiones del presente trabajo son las siguientes:

1) Debe mantenerse la complementariedad en el sistema de salud para dar mayor protección al asegurado, sin que se delimite el ámbito de protección, ni generando un monopolio de la salud para la entidad que más cobertura ofrezca, como en nuestro contexto sería ESSALUD, puesto que cubre tanto capa simple como la compleja.

2) Todos los establecimientos de salud deberían ser regulados y supervisados por una sola entidad autónoma e independiente para una mayor protección a la dignidad e integridad de los ciudadanos. En ese sentido debe tomarse en cuenta los modelos existentes en Argentina, Colombia y Paraguay, en los cuales se han creado una Superintendencia Nacional de Salud cuya ventaja es la de mantener niveles de coordinación y de información simétrica entre las partes de la relación regulada (Estado, entidades privadas y usuarios).

3) Optar por la regulación y no por la libre competencia puesto que la salud como una actividad esencial, en el cual el Estado se compromete constitucionalmen-

te a garantizarla, no puede dejarse a la autoregulación de los particulares de la oferta y la demanda.

4) Concebir la idea de un organismo regulador en el sistema de la seguridad social permitirá establecer un control adecuado para que se lleve a cabo una eficiente calidad en las prestaciones de salud, asegurando caminos para la fiscalización mediante el reclamo de los asegurados y la posibilidad de la conciliación.

5) ESSALUD como entidad creada con el objeto de dar cobertura en salud a los asegurados y sus derechohabientes, a través del otorgamiento de prestaciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, prestaciones de económicas y sociales, debería estar bajo el control de una entidad especializada en la materia y no bajo la supervisión del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, como lo es actualmente.

6) Es sumamente importante que el Estado informe adecuadamente sobre las distintas alternativas para enfrentar las contingencias o riesgos en la salud a toda la población, puesto que de esta manera se asegura que el afiliado elija de manera idónea el servicio de prestación de salud más adecuado para satisfacer sus necesidades.

7) Darle a cada ciudadano la facultad de elección sobre el mejor plan y servicio en salud, no sólo comprende dar a conocer el funcionamiento de la seguridad social sino la responsabilidad y compromiso de mejorar el servicio y la atención de cada una de las entidades en beneficio del público, ejerciendo mecanismos de controles correctos y eficientes.

8) Finalmente debe promoverse una masiva y adecuada difusión sobre los mecanismos que tiene el asegurado para poder ejercer su derecho a reclamar frente a cualquier eventualidad o conflicto que pueda suscitarse con la entidad de salud (Clínicas, EPS, ESSALUD, SIS, EPP, entre otros)

BIBLIOGRAFÍA

1. MORGADO VALENZUELA, Emilio. "La Seguridad Social en las Constituciones de Latinoamérica". En: Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC. Taller Gráfico de Tarea Asociación Gráfica Educativa. Perú. 1993, Págs. 97-103.
2. ERMIDA URIARTE, Oscar. "Los Principios e la Seguridad Social". En: La Seguridad Social en Uruguay, Capítulo II, Págs. 31-54.
3. GRZETICH LONG, Antonio. Derecho de la Seguridad Social Tomo I Ed. Plural.Montevideo, 1997. Págs. 5-25.
4. GRZETICH LONG, Antonio. Derecho de la Seguridad Social Tomo II Ed. Plural. Montevideo, 1998. Págs. 11-13, 16-22, 25-27, 30-34, 37-41 y 43.
5. VIDELA , Graciela. El derecho a la Salud, Lima, 2000.
7. NALLAR M,Daniel. El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público, primera edición, Buenos Aires, ediciones Depalma, 1999.
8. DANOS Jorge, Material de Texto de Derecho Administrativo II, tercera edición, Lima, Editorial PUCP, 2003.
9. DIEZ Manuel María, Derecho Administrativo Tomo III, segunda edición, Buenos Aires, editorial Plus Ultra, 1979.

A. Marco Legal

Convenio OIT No. 102 (aprobado por Resolución Legislativa No. 13284 de 1959), y Constitución de 1993 (artículos sobre Seguridad Social)

LEYES:

Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Ley N° 26842. Ley General de Salud, Ley N° 27657. Ley del Ministerio de Salud, Ley N° 27056, Ley de creación del Seguro Social de Salud – ESSALUD.

DECRETOS SUPREMOS:

D.S. N° 009-97-SA, Reglamento de la Ley N° 26790, D.S.N° 003-98-SA. Aprueban Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgos, Decreto Supremo N° 013-2002-SA. Aprueban Reglamento de la Ley del Ministerio de Salud.

RESOLUCIONES DE LA SEPS:

11. Res. N° 073-2000-SEPS/CD. Aprueban las normas complementarias relativas a la convocatoria y al proceso de elección de las Entidades Prestadoras de Salud.
12. Res. N° 043-2000-SEPS/CD. Aprueban las normas sobre Condiciones Generales del Contrato de Prestaciones de Servicios de Seguridad Social en Salud para Afiliados Regulares.

B. Web Sites de interés

Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud: www.seps.gob.pe, Superintendencia de Banca y Seguros: www.sbs.gob.pe, OIT (Lima) Organización Internacional de Trabajo: www.ilolim.org.pe, EsSalud: www.essalud.gob.pe, Superintendencia de ISAPRES en Chile : www.sisp.cl

- Superintendencia de Servicios de Salud en Argentina: www.sssalud.gov.ar
- Superintendencia Nacional de Salud de Colombia: www.supersalud.gov.co
- Superintendencia de Salud en Paraguay: www.intermed.com.py

El seguro de desempleo

Ernesto Alonso Aguinaga Meza
Bachiller en Derecho por la PUCP
Diploma en Derechos Humanos por la PUCP

Sumario

I. Introducción. II. La protección contra el desempleo como derecho humano y el derecho constitucional a estar protegido frente al desempleo. III. ¿Qué es el seguro de desempleo? IV. ¿Cuáles son sus características? V. Reflexión final.

I. INTRODUCCIÓN.

Durante los últimos años, se ha venido desarrollando un intenso debate acerca de la necesidad de implementar en nuestro país un seguro de desempleo. En efecto, varias propuestas legislativas se han presentado al respecto[1]. Igualmente, se ha discutido en el seno del Consejo Nacional de Trabajo la posibilidad de sustituir la Compensación por Tiempo de Servicios (en adelante, "CTS"), por un mecanismo que otorgue al trabajador una suma de dinero que le permita mantenerse mientras esté desempleado. Incluso, se han planteado alternativas que yendo más allá, pretenden unificar la indemnización por despido arbitrario, la CTS y el futuro seguro de desempleo y, de esta forma, crear un sistema integral de protección contra dicha contingencia[2].

---

[1] En la página web del Congreso (www.congreso.gob.pe) se puede ubicar el Proyecto de Ley N° 3988/2002, que propone crear el "Seguro Nacional de Desempleo", y el Proyecto de Ley N° 7182/2003, que propone crear un "Seguro de Desempleo". A la fecha, el primero, cuenta con dictamen negativo en la Comisión de Seguridad y Social y, el segundo, se encuentra pendiente de dictamen en la Comisión de Trabajo.

[2] Esta idea ha sido estudiada por STIGLITZ, Joseph y Jungyoll YUN, en el trabajo titulado "Integration of Unenmployment Insurance with Retirement Insurance" publicado en www.nber.org/papers/w9199. Dicha tesis ha sido recogida en la Ley N° 19728 chilena que, en su artículo 13°, dispone que del monto correspondiente por indemnización por años de servicios (nuestra indemnización por despido arbitrario), se deduzca la suma que el empleador hubiera aportado a la Cuenta Individual por Cesantía del trabajador afiliado al Seguro Obligatorio de Cesantía.

Aparentemente, las alternativas planteadas se estarían enfocando únicamente en analizar el aspecto económico de este mecanismo de protección (otorgar dinero al desempleado), y no en sus especiales características jurídicas que, en definitiva, lo alejan de figuras que –de alguna manera– estarían cumpliendo en la práctica su misma función económica. Por tal motivo, en el presente trabajo voy a tratar de definir jurídicamente, de un lado, ¿qué es el "seguro de desempleo"? y, de otro, ¿cuáles son sus características? De esta forma, pretendo establecer algunos criterios que sirvan de pautas al momento de legislar sobre esta materia.

II. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESEMPLEO COMO DERECHO HUMANO Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL A ESTAR PROTEGIDO FRENTE AL DESEMPLEO.

Antes de responder las preguntas planteadas en este trabajo, es necesario exponer una idea previa. A mi juicio, cualquier régimen que pretenda proteger al individuo de las consecuencias nefastas que se presentan al perder su medio de subsistencia, tiene su fundamento final en la dignidad intrínseca al ser humano. En otras palabras, cualquier Estado que se preocupe por implementar un sistema de protección contra el desempleo estará tratando de efectivizar un derecho humano. En efecto, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 25° de la Declaración Universal de Derechos Humanos[3]:

"Toda persona tiene derecho (...) a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

En consecuencia, es innegable que el derecho de toda persona a estar protegida contra el desempleo, es un derecho humano. Este dato es sumamente relevante ya que, de conformidad con el artículo 3° de nuestra actual Constitución, adquieren rango constitucional todos aquellos derechos que se fundan en la dignidad del hombre, aun cuando no hayan sido establecidos expresamente[4].

---

[3] Sobre la naturaleza jurídica obligatoria de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ver: (i) CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Soberanía de Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo. 2da. ed. Madrid: Tecnos, 2001, pp. 68 - 72; y (ii) REMIRO BROTONS, Antonio. Derecho Internacional. Madrid: Mc Graw Hill, 1997.

[4] Al respecto, SALMÓN sostiene que *"(...) en virtud de los artículos 2° y 3° de la actual Constitución peruana podemos lograr establecer sin mayor dificultad que las normas sobre derechos humanos.../*

"La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

En ese sentido, al tener los derechos humanos su fundamento en la dignidad intrínseca al ser humano[5], podemos concluir que el derecho de todo peruano a estar protegido contra el desempleo tiene rango constitucional. Por lo tanto, es evidente que nuestro ordenamiento constitucional le impone al Estado peruano la obligación de brindar protección frente al desempleo.

No obstante, de una interpretación literal del artículo 10° de la Constitución, se podría llegar a sostener todo lo contrario. Efectivamente, dicha norma señala:

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

Como se puede apreciar, del texto expreso de esta norma, se desprende que el constituyente remitió al legislador la potestad de determinar cuáles son las contin-

/...contenidas en tratados, siguen teniendo rango constitucional" y, como tal, *"(...) los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos no solo abarcan el listado del artículo 2° de nuestra Constitución, sino todos aquellos derechos de la persona consagrados en instrumentos internacionales (tratados, declaraciones, etc), hayan o no sido ratificados por el Perú. Todos los cuales pueden ser considerados derechos con rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico"* (SALMÓN, Elizabeth y Fabián NOVAK. Las Obligaciones Internacionales del Perú en Materia de Derechos Humanos. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, segunda edición, 2002. pp. 125 - 126). Del mismo modo, NEVES señala que *"(...) los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional. La base normativa de esta asignación, se encuentra, (...), en el artículo 3 de la Constitución, que contiene la llamada cláusula de los derechos implícitos: la enumeración de derechos fundamentales hecha por el artículo 2, se amplía con otros similares proclamados por la Constitución o los tratados sobre derechos humanos (...)"* (NEVES, Javier. Introducción al Derecho al Trabajo. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, segunda edición, 2003. p. 62). Para un estudio profundo sobre este tema, ver: SALMÓN, Elizabeth. Encuentros y Desencuentros: El Perú y el Derecho Internacional Humanitario. CICR. 2001, pp. 40 – 56.

[5] El primer párrafo del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala: *"Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".*

gencias que debe cubrir la seguridad social. En ese sentido, si este último no incluye al desempleo como un riesgo protegido, entonces no existiría el derecho a estar cubierto frente al acaecimiento de dicha contingencia.

No comparto esta posición porque considero que este artículo debe ser leído conjuntamente con el artículo 3° de la Constitución y, de esa forma, concluir que el artículo 10° citado le impone al legislador la obligación de implementar un sistema de seguridad social que incluya las contingencias previstas en el artículo 25° de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Además, no debe olvidarse que de acuerdo con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución *"las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos (...)"*[6]. En ese sentido, el mandato al legislador contenido en el artículo 10° de nuestra Carta Magna, debe ser interpretado de manera que incluya la obligación de implementar un seguro contra el desempleo, tal como se estipula en el artículo 25° del instrumento internacional citado. En consecuencia, la seguridad social debe brindar protección contra el desempleo.

Ahora bien, las pautas que debe seguir el legislador para cumplir con ese mandato, como es evidente, no se encuentran establecidas en el artículo citado de la Declaración Universal de Derechos Humanos[7], ni mucho menos en nuestra Constitución. En efecto, de las disposiciones citadas en este punto es imposible responder las siguientes preguntas: ¿qué se entiende por desempleo?, ¿qué sujetos deben estar protegidos por dicho seguro?, ¿qué prestaciones deben otorgarse?, ¿qué requisitos deben cumplirse para acceder a sus prestaciones?, ¿qué debe entenderse por protección contra el desempleo?, etc. Lo único que se puede afirmar es que al estar reconocido como derecho humano, se le impone al Estado

[6] Esta disposición constitucional ha sido desarrollada por el artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, que señala que *"el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código, deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, (...)"*.

[7] Salvo, claro está, que el ámbito subjetivo del sistema de protección contra el desempleo que se pretenda implementar tendrá que incluir forzosamente a todas las personas y no sólo a los trabajadores dependientes propiamente dichos, si es que se pretende efectivizar realmente el derecho humano en cuestión (sobre el carácter universal de los derechos humanos ver: NIKKEN, Pedro. El concepto de los Derechos Humanos. En: Estudios Básicos de Derechos Humanos, IIDH, San José, 1994, p.6).

peruano la obligación de implementar dicho sistema de protección[8]. Para determinar la forma en que debe implementarse dicho sistema, es indispensable recurrir a los diversos instrumentos internacionales que sobre el tema han sido adoptados en el seno de la OIT[9]. Sus disposiciones y lo previsto en la doctrina acerca de ellas, me permitirán resolver las preguntas que motivan el presente trabajo: ¿qué es el seguro de desempleo? y ¿cuáles son sus características?

III. ¿QUÉ ES EL SEGURO DE DESEMPLEO?

El marco normativo general de análisis de este mecanismo de protección, está compuesto por tres instrumentos internacionales adoptados en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, "OIT"): (i) el Convenio 44, denominado "Convenio sobre el desempleo", adoptado el 23 de julio de 1934[10], y su respectiva Recomendación; (ii) el Convenio 102, denominado "Convenio sobre la seguridad social (norma mínima)", adoptado el 28 de junio de 1952[11]; y (iii) el Convenio 168, denominado "Convenio sobre el fomento del empleo y la protec-

[8] Al respecto, NIKKEN ha señalado que *"la realización de los derechos económicos, sociales y culturales no depende, en general, de la sola instauración de un orden jurídico ni de la mera decisión política de los órganos gubernamentales, sino de la conquista de un orden social donde impere la justa distribución de los bienes, lo cual sólo puede alcanzarse progresivamente. Su exigibilidad está condicionada a la existencia de recursos apropiados para su satisfacción, de modo que las obligaciones que asumen los Estados respecto de ellos esta vez son de medio o de comportamiento"* (NIKKEN, Pedro. Op. Cit, p.12). En el mismo sentido, ver: VILLÁN DURÁN, Carlos. Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Madrid: Trotta, 2002, p. 420.

[9] Sobre este punto es pertinente recordar que de acuerdo con NEVES, *"(...) estos convenios internacionales del trabajo, los cuales -en su mayoría- desarrollan derechos laborales antes regulados con menos detalle por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, deben calificarse también como tales. De este modo, el tratamiento que brinda nuestra Constitución a los tratados sobre derechos humanos (...) se hace extensivo a los convenios internacionales del trabajo"* (NEVES, Javier. Op. Cit., p. 60).

[10] El Perú ratificó este Convenio el 4 de abril de 1962, mediante Resolución Legislativa 14033.

[11] Este Convenio establece los siguientes regímenes de protección en función de las distintas contingencias que asegura: asistencia médica (parte II), prestaciones monetarias de enfermedad (parte III), prestaciones de desempleo (parte IV), prestaciones de vejez (parte V), prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional (parte VI), prestaciones familiares (parte VII), prestaciones de maternidad (parte VIII), prestaciones de invalidez (parte IX) y prestaciones de sobrevivientes (parte X). Por disposición de su artículo 2°, el mismo puede ser ratificado aceptando por lo menos tres de las nueve ramas señaladas. El Perú ratificó este Convenio el 23 de agosto de 1961, ratificando solamente las partes II, III, V, VIII y IX. Por tanto, no ratificó las disposiciones relativas a la protección contra el desempleo.

ción contra el desempleo", adoptado por el 21 de junio de 1988[12], y su respectiva Recomendación. De todos ellos el más importante, a mi criterio, es el Convenio 102 porque sus disposiciones son las *"reglas mínimas, como la denominación del convenio lo indica, destinadas más bien a los países en vías de desarrollo"*[13]. En tal sentido, sus disposiciones deberían servir como modelo al momento de legislar sobre protección contra el desempleo[14].

Antes de revisar la parte que nos interesa, es necesario exponer una idea previa. El Convenio 102 contiene las prestaciones mínimas en seguridad social que son consideradas básicas por la OIT. Esto quiere decir que busca cubrir todas las contingencias sociales y extender progresivamente el ámbito de protección a todo ser humano[15]. En suma, éste es un Convenio que se ciñe al concepto de seguridad social definido por William Beveridge[16] que, en palabras de Plá Rodríguez, *"(...) independiza la seguridad social del contrato de trabajo por lo que protege a toda la población, cualquiera que sea su situación laboral (...)"*[17].

---

[12] Este Convenio no ha sido ratificado por el Perú.

[13] RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Derecho de la Seguridad Social. Lima, Ediciones Tarpuy, 1992, p. 263. Asimismo, de acuerdo con el sexto párrafo del preámbulo del Convenio 168 *"(...) las disposiciones relativas a las prestaciones de desempleo del Convenio sobre seguridad social (norma mínima), 1952, fijan un nivel de protección superado actualmente por la mayor parte de los regímenes de indemnización existentes en los países industrializados y que todavía no han sido completadas por normas más elevadas, (...), pero que los principios en los que se basa este Convenio siguen siendo válidos y que sus normas pueden constituir todavía un objetivo que deben alcanzar ciertos países en desarrollo en condiciones de instituir un régimen de indemnización de desempleo"*.

[14] Esto no significa que no se hará referencia a los otros Convenios mencionados en lo que fuera pertinente.

[15] Cfr. Con NEVES MUJICA, Javier. La Seguridad Social en la Constitución. En "La Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación", 11 estudios interpretativos. Dirigido por Eguiguren Praeli, Francisco. Lima, Cultural Cuzco S.A., 1987, p. 174.

[16] "William Beveridge, economista inglés, presidió una comisión interdepartamental nombrada por la Cámara de los Comunes de su país en 1941, cuyo informe y recomendación han ejercido notable influencia sobre la legislación moderna de seguridad social" (ver NEVES MUJICA, La Seguridad Social..., p. 174, nota al pie 5). Dicho informe denominado "Social Insurance and Allied Services", fue presentado en 1942 al Parlamento británico. Su propósito fundamental fue diseñar la cobertura de las necesidades sociales a través de la redistribución de la renta, extendiendo tanto el número de riesgos cubiertos como el de personas protegidas, y simplificando y unificando la gestión del sistema.

[17] PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "Personas Protegidas, Asegurados y Beneficiarios". En: Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". Dirigido por De Buen Lozano, Néstor y Emilio Morgado Valenzuela. México, UNAM, 1997, primera edición, p. 625.

Esta pequeña introducción ha sido necesaria porque nos muestra el sustrato ideológico que inspira las disposiciones contenidas en el Convenio 102. En ese sentido, la primera conclusión que podemos extraer es que las denominadas "prestaciones de desempleo" contenidas en dicho Convenio (parte IV), deben ceñirse a los principios rectores de la seguridad social:

*"(...), se rige por los principios de **universalidad**, que significa la extensión del campo de los beneficiarios a todo ser humano, **integridad**, que le permite cubrir todas las contingencias sociales mediante acciones de prevención, reparación y recuperación, **solidaridad**, que obliga a todos a cooperar en el cumplimiento de sus objetivos, abandonando la proporcionalidad entre aportes y beneficios, **unidad** en sentido orgánico y estructural, e **internacionalidad**, referido a la adecuación a un sistema unitario internacional."*[18]

En consecuencia, para este Convenio la protección contra el desempleo debe formar parte del sistema de seguridad social[19]. En ese sentido, si el seguro de desempleo se constituye como una prestación más que debe brindar la seguridad social, cualquier intento de definirlo requiere que, previamente, se defina el propio concepto de seguridad social:

"Seguridad social, (...), es prevención y remedio de siniestros que afectan al individuo en cuanto miembro de la sociedad y que ésta es incapaz de evitar en su fase primera de riesgo, aunque puede remediar y, en alguna medida, prevenir su actualización en siniestro. (...).

En esta concepción, (...), la seguridad social se define, pues, mediante la referencia conjunta a unos riesgos, a un mecanismo que se arbitra para su protección y a una asignación o redistribución de medios con el propio fin."[20]

---

[18] NEVES MUJICA, La Seguridad Social..., p. 174. Un análisis detallado de estos principios puede encontrarse en ERMIDA URIARTE, Oscar. "Los Principios de la Seguridad Social". En: La Seguridad Social en el Uruguay, Montevideo, 1991, pp. 31 - 55.

[19] Esta opción ha sido confirmada por el Convenio 168, que en el sétimo párrafo del preámbulo señala que *"(...) es importante, (...), que los sistemas de seguridad social brinden un ayuda al empleo y un apoyo económico a las personas desempleadas (...)"*.

[20] ALONSO OLEA, Op. Cit, p. 19 – 20.

Como se puede apreciar, el concepto de seguridad social implica prevenir y proteger a los ciudadanos frente a una serie de acontecimientos futuros que, en algunos casos, sucederán y, en otros, existe alta probabilidad de que sucedan[21]. En tal sentido, será necesario definir los conceptos de "previsión" y de "riesgo o contingencia". De acuerdo con Rendón Vásquez, el término "previsión" debe entenderse de la siguiente manera:

"La expresión previsión social deriva del término previsión con el cual se señalaba una actividad destinada a dar protección a una persona o conjunto de personas afectadas por un riesgo social."[22]

Por tanto, se puede concluir que la "previsión" implica la protección frente a una serie de riesgos o contingencias de acaecimiento previsible. En otras palabras, implica prever la ocurrencia de un riesgo o contingencia, con la finalidad de proteger a los individuos frente a su probable o segura realización. En tal sentido, los mecanismos de protección contra los riesgos sociales son una materialización del concepto de "previsión".

En lo que respecta al concepto de "riesgo" o "contingencia", debemos aclarar que – en estricto – ambos términos no son sinónimos. En efecto, "el riesgo es la contingencia o proximidad de un daño; (...); y la contingencia, la posibilidad de que una cosa suceda o no suceda"[23]. *Lo que sucede es que los vocablos "riesgo" y "contingencia", con la calificación de social a cada uno, son de uso corriente en la legislación y la doctrina de la seguridad social para hacer referencia a un mismo concepto. Sin embargo, el vocablo*

[21] GRZETICH la define como *"(...) el conjunto de normas y principios jurídicos que regula la cobertura de determinadas contingencias sociales, de acaecimiento individual, a través de prestaciones en dinero o en especie, con la finalidad de lograr el bienestar individual y social"* (GRZETICH LONG, Antonio. Derecho de la Seguridad Social. Concepto y Evolución Histórica. Montevideo, Editorial Dana, 1997, p. 5).

[22] RENDÓN VASQUEZ, Jorge. Manual de Derecho de la Seguridad Social. Lima, Ediciones Tarpuy, 1981, p. 7. Por su parte, la Enciclopedia Jurídica Omeba señala que dicho término *"equivale a acción de disponer lo conveniente para atender las contingencias o necesidades previsibles, seguida esta palabra del adjetivo social, que se refiere en lo pertinente o relativo a la sociedad, ya tenemos que las contingencias o necesidades que han de ser previstas, son aquellas que contemplan intereses sociales y no meramente particulares."*

[23] PODETTI, Humberto. "Los riesgos sociales". En: Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Dirigido por De Buen Lozano, Néstor y Emilio Morgado Valenzuela. México, UNAM, 1997, primera edición, p. 648

"contingencia" aparece actualmente como el de más conveniente utilización, por cuanto es comprensivo del concepto de riesgo[24]*. Además, esa es la terminología que la OIT ha venido utilizando en los instrumentos internacionales que sobre la materia ha emitido*[25]*.*

Hecha la salvedad mencionada, corresponde definir el concepto de contingencia. De acuerdo con Rendón Vásquez, el riesgo social (en este caso lo debemos entender como sinónimo de contingencia social) es:

"(...) todo acontecimiento de realización incierta que afecta la plenitud de las facultades físicas y mentales de una persona, disminuye sus recursos económicos o determina su desaparición".[26]

El mismo autor, completando su idea, señala que "la incertidumbre puede referirse a la posibilidad de realización, como la enfermedad, o a la fecha de acaecimiento, como la muerte"[27]*. Por su parte, Humberto Podetti, citando a Alonso Olea, señala que se configura una contingencia social:*

"(...) cuando tiene por efecto que una persona o los miembros de su familia a su cargo, o unos y otros (nota de individualidad), resultan desfavorablemente afectados (nota de personalidad), en perjuicio de su nivel de vida, a consecuencia de un incremento en el consumo o de disminución o supresión de los ingresos (nota económica)".[28]

En ese sentido, las contingencias sociales serán aquellos sucesos futuros e inciertos (porque no se sabe si sucederán o, sabiéndolo, no hay certeza sobre cuando sucederán) que afectan al individuo o a su familia ocasionándole un perjuicio económico (porque aún cuando el perjuicio sea físico o mental siempre habrá

[24] PODETTI, Humberto. Op. Cit., p. 649. En este punto el autor, citando a Deveali, resalta que no pueden ser calificados de riesgo: la maternidad, por ser una contingencia feliz, o la vejez y la muerte, que son acontecimientos inevitables.

[25] Los Convenios 102 y 168 de la OIT utilizan esa terminología al momento de establecer el tipo de desempleo objeto de protección (ver los artículos 20° y 10°, respectivamente).

[26] RENDÓN VASQUEZ, "Derecho...", p. 13.

[27] Ibid, p. 12.

[28] PODETTI, Humberto. Op. Cit., p. 649.

un incremento en los gastos o una disminución e, incluso, la desaparición de los ingresos)[29]. Y uno de esos riesgos o contingencias sociales es el desempleo.

Efectivamente, tal como se ha señalado previamente, el desempleo ha sido incluido por el Convenio 102, como una de las contingencias que como mínimo debe cubrir la Seguridad Social. El fundamento de esta inclusión reside en los perjudiciales efectos que el desempleo produce tanto en el individuo que lo sufre como en la sociedad en general.

"Los efectos del desempleo se desbordan al terreno social en la forma de miseria, hambre y descontento. Un trabajador despedido no sólo deja de producir, también deja de consumir, lo que genera un efecto en cadena de paralización de la producción; y puede ser arrojado a la desesperación si no consigue una fuente supletoria de ingresos que le permitan sobrevivir".[30]

Por lo demás, no es necesario resaltar que, en la mayoría de los casos, el desempleo se presenta para el trabajador como un suceso futuro e incierto que, de producirse, le ocasionaría un grave perjuicio económico[31]. En consecuencia, no hay duda que el desempleo es, o debería ser, una contingencia cubierta por el sistema de seguridad social.

Para poder definir la forma en que debe ser entendido el concepto de desempleo, a los efectos de ser cubierto por la seguridad social, es necesario remitirnos a las disposiciones del Convenio 102. En efecto, el artículo 20° de dicha norma señala:

"La contingencia cubierta deberá comprender la suspensión de ganancias, según la define la legislación nacional, ocasionada por la imposibilidad de obtener

---

[29] PLA RODRÍGUEZ define el concepto de contingencia como *"todo acontecimiento que provoque una disminución de ingresos o un exceso de gastos en el presupuesto de una familia"*, agregando que *"tanto puede ser un hecho venturoso (un matrimonio, un nacimiento), como un hecho lamentable (un accidente, una enfermedad, la muerte, la incapacitación total o parcial para el trabajo por obra de la vejez o de cualquier otra circunstancia del empleo, etc)"* (PLA RODRÍGUEZ, Américo. Introducción. Conceptos Generales. En: La Seguridad Social en el Uruguay, Montevideo, 1991, p. 10).

[30] RENDÓN VÁSQUEZ, "Derecho ...", p. 260.

[31] Para RENDON *"el desempleo se presenta como un riesgo social para el trabajador, pues, sobreviene por una causa que le es ajena, y está sujeto respecto de él a cierto grado de incertidumbre sobre el momento de su acontecimiento y duración"* (RENDÓN VASQUEZ, "Derecho ...", p. 261).

un empleo conveniente en el caso de una persona protegida que sea apta para trabajar y esté disponible para el trabajo".

Como se puede apreciar, el desempleo protegido supone la "suspensión de ganancias" de una persona que no puede "obtener un empleo conveniente" pero que está "apta" y "disponible" para trabajar. Es pertinente resaltar que estos tres últimos conceptos, también están previstos en los Convenios 44 y 168[32]. Esto quiere decir que para la OIT la aptitud y disponibilidad para el trabajo y la imposibilidad de obtener un empleo conveniente, son conceptos centrales dentro de la definición del "desempleo" objeto de protección.

Por "apto" debe entenderse al desempleado que puede trabajar, es decir, al que física, mental o jurídicamente está capacitado para el trabajo[33]. Por su parte, la "disponibilidad" supone que dicha persona quiere trabajar, es decir, además de ser capaz tiene el deseo o motivación de trabajar[34]. Finalmente, la noción de "empleo conveniente" alude a la imposibilidad de la persona apta y disponible para el trabajo de obtener un empleo que se ajuste a sus características profesionales o técnicas, a sus necesidades familiares, a la ubicación de su domicilio, a sus expectativas remunerativas, etc[35]. De acuerdo con Monereo, este último criterio está compuesto por los siguientes elementos:

"el concepto de ocupación adecuada a estos efectos queda abstractamente acotado en el sistema positivo atendiendo a tres elementos (...): el funcional (que hace referencia a la profesión habitual del trabajador, (...), o a cualquier otra profesión que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas, con respecto, pues, al dato de que se trate de un trabajo que

[32] El literal a) del artículo 4° del Convenio 44 dispone que el derecho a recibir las prestaciones podrán condicionarse a que el desempleado cumpla con *"(...) ser apto para el trabajo y estar disponible para el mismo; (...)"*. Del mismo modo, el numeral 1) del artículo 10° del Convenio 168, al definir el concepto de desempleo total, señala que éste consiste en *"(...) la perdida de ganancias debida a la imposibilidad de obtener un empleo conveniente, (...), para una persona apta para trabajar, disponible para el trabajo y (...)"*.

[33] Cfr. MONEREO PEREZ, José Luis. El Sistema de Protección por Desempleo en España. Valencia. Tirant lo Blanch, 1997. p. 98.

[34] Cfr. ALONSO OLEA, Op. Cit, pp. 191 – 192.

[35] Cfr. GALLEGOS VEGA, Jaime. Consideraciones acerca de la Compensación por Tiempo de Servicios y el Seguro contra la Contingencia de Desempleo. Tesis. PUCP, 1991, pp. 90 - 91.

pueda ser objetivamente realizado), el económico (la adecuación económica remite a que el nuevo trabajo implique un salario o retribución equivalente al establecido en el sector en el que se ofrezca el puesto de trabajo, con independencia de la cuantía de la prestación a que tenga derecho) y el territorial (la oferta de empleo no debe suponer un cambio de residencia habitual del trabajador, salvo que tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo)[36]".

Estos factores son sumamente importantes a los efectos de evaluar el requisito de la "disponibilidad". Efectivamente, tanto el numeral 1) del artículo 10° del Convenio 44 como el numeral 1) del artículo 21° del Convenio 168, permiten suspender o suprimir el otorgamiento de las prestaciones por desempleo si el beneficiario rechaza una oferta de trabajo considerada "conveniente". La lógica es la siguiente: si se rechaza un empleo de estas características, entonces se presume que no se está disponible para el trabajo y, como tal, que no se está incurso dentro del "tipo" de desempleo objeto de protección. Entonces, queda claro que por el criterio de la disponibilidad se le impone al desempleado la obligación de aceptar un trabajo que sea funcional, económica y territorialmente conveniente[37].

Ahora bien, no toda pérdida del empleo origina la situación de desempleo protegible. Efectivamente, el literal i) del artículo 69° del Convenio 102 permite que las legislaciones internas excluyan el siguiente supuesto:

"Una prestación a la cuál tendría derecho una persona protegida, (...), podrá ser suspendida, (...):

(...)

i) en lo que se refiere a las prestaciones de desempleo, cuando el interesado (...) haya abandonado su empleo voluntariamente sin motivo justificado".

---

[36] MONEREO PEREZ, Op. Cit., p. 105. Dicho autor emite esta reflexión al comentar el numeral 2) del artículo 213° del Real Decreto Legislativo 1/1994, Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social Española que dispone que *"(...) se entenderá por colocación adecuada aquella que se corresponda con la profesión habitual del trabajador o cualquier otra que, ajustándose a sus aptitudes físicas y formativas, implique un salario equivalente al establecido en el sector en el que se le ofrezca el puesto de trabajo, (...), y no suponga cambio de su residencia habitual, salvo que tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo. (...)"*.

[37] MONEREO ha señalado que *"de alguna forma (...) al desempleado se le impone un "deber" de trabajar"* (MONEREO PEREZ, Op. Cit., p. 102.)

Como se puede apreciar, se permite que se exija la "involuntariedad" en la pérdida del trabajo como requisito para acceder a las prestaciones por desempleo. Si se agrega el hecho que este criterio, también es exigido explícitamente tanto en el Convenio 44[38] como en el Convenio 168[39], resulta que para la OIT la "involuntariedad" debería formar parte del concepto de desempleo objeto de protección.

Por este criterio se hace alusión a la no imputabilidad del trabajador en la pérdida de su empleo; es decir, a su no participación en forma directa o indirecta en la toma de dicha decisión. En otras palabras, implica que está desempleado por una causa ajena a su voluntad[40]. Los dos supuestos extremos de este requisito son, de un lado, la renuncia voluntaria y, de otro, el despido sin expresión de causa. Sin embargo, al medio, existen una serie de formas de extinción del vínculo laboral cuya tipificación puede ser problemática. Por ejemplo, ¿es voluntario el despido motivado en la capacidad del trabajador?, ¿qué pasa con el supuesto de renuncia bajo coacción (intimidación)?, ¿es voluntaria la renuncia con incentivos económicos?, ¿es voluntario el cese en los casos de despido indirecto por hostilidad?, si el trabajador es despedido arbitrariamente y cobra la respectiva indemnización ¿ha aceptado "voluntariamente" la extinción del vínculo?, ¿qué pasa si el trabajador es despedido y éste no impugna esta medida en sede judicial?, en este último supuesto ¿la sola presentación de la demanda es prueba suficiente de la involuntariedad del cese?, etc[41].

Como se puede apreciar, el requisito de la involuntariedad en el cese, añade un factor problemático al momento de efectuar el análisis del concepto de desem-

[38] El artículo 1° claramente señala que el Convenio garantiza indemnizaciones o subsidios a los desempleados involuntarios. Este requisito se materializa en el Convenio al permitirse que las legislaciones internas suspendan el otorgamiento de las prestaciones por desempleo por un período determinado, cuando el solicitante *"haya perdido el empleo por su propia culpa o lo haya abandonado voluntariamente sin motivo justificado"* (literal b del numeral 2 del artículo10°).

[39] Este Convenio insiste en su preámbulo en el carácter involuntario del desempleo protegido por los sistemas de seguridad social, en el sentido de que se trata de brindar *"un apoyo económico a las personas desempleadas por razones involuntarias"*.

[40] Cfr. ALONSO OLEA, Manuel y José Luis TORTUERO PLAZA, Instituciones de la Seguridad Social. Madrid. Editorial Civitas S.A., 1995, Décimo Cuarta edición, p. 208.

[41] Por razones de espacio no vamos a responder estas interrogantes. Si se quiere indagar más sobre el tema, un interesante punto de partida puede ser el artículo 208° del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social Española, donde se ha dado solución a varias de las preguntas planteadas aunque, por cierto, desde su especial idiosincrasia jurídica.

pleo objeto de protección. Por tal motivo, y tomando en cuenta que *"la involuntariedad del cese no constituye un rasgo constitutivo "per se" de la situación de desempleo"*[42], se ha planteado que, sin llegar a desnaturalizar la contingencia, este requisito sea sustituido por períodos de espera que varíen dependiendo de diversos parámetros, tales como la causa de extinción del vínculo, la tipología contractual, el monto de la indemnización recibida, etc[43].

Considero que la razón de exigir este requisito parte de una vinculación errónea del mismo con el criterio de "disponibilidad". Efectivamente, se puede sostener que una manifestación de este elemento es, precisamente, que el cese haya sido involuntario, toda vez que ello sería prueba de la disponibilidad del desempleado para el trabajo (la involuntariedad en el cese demuestra que el desempleado quiere seguir trabajando). Si ello es así, es evidente que este criterio se sustenta en una falacia porque no todos los ceses voluntarios suponen la negativa a seguir trabajando (pensemos, por ejemplo, en aquél que renuncia con la expectativa fundada de conseguir un nuevo empleo pero que al final no obtiene). En todo caso, lo único que se podría desprender es que la persona que voluntariamente extingue su vinculo laboral, ya no quiere seguir trabajando en "ese" empleo, pero no que ya no quiere trabajar nunca más. Por tanto, considero que dicho requisito debería excluirse del concepto de desempleo objeto de protección.

Llegados a este punto, es pertinente estudiar las disposiciones del Convenio 168 sobre esta materia. En lo que se refiere a las contingencias cubiertas, este Convenio abarca el *"desempleo total"* (numeral 1 del artículo 10°), el *"desempleo parcial"* (literal a del numeral 2 del artículo 10°), *"la suspensión o la reducción de ganancias como consecuencia de una suspensión temporal del trabajo, sin terminación de la relación de trabajo"* (literal b del numeral 2 del artículo 10°), y *"a los trabajadores a tiempo parcial que estén efectivamente en busca de un empleo a tiempo completo"* (numeral 3 del artículo 10°).

El desempleo "total" ha sido definido como *"(...) la pérdida de ganancias debida a la imposibilidad de obtener un empleo conveniente, (...), para una persona apta para trabajar, disponible para el trabajo y efectivamente en*

[42] MONEREO PEREZ, Op. Cit., p. 100.

[43] Sobre esta propuesta, ver: TORTUERO PLAZA, José Luis. Supuestos Legales de Desempleo en el Ordenamiento Español: una Valoración Crítica. En: Relaciones Laborales. N° 13, 1994, pp. 20 – 23.

busca de empleo". Como se puede apreciar, a los clásicos elementos "aptitud" y "disponibilidad", se ha añadido la referencia a la "búsqueda efectiva de empleo". La definición de este concepto viene dada por la economía. De acuerdo con esta ciencia la Población Económicamente Activa equivale *"a toda la población que está en capacidad y quiere trabajar"*[44]. Ésta es una definición que engloba tanto a los empleados como a los desempleados, la diferencia está en que los primeros son personas que trabajan y los segundos son aquellas personas que no tienen trabajo pero que están buscándolo activamente[45].

La diferencia entre este nuevo criterio y la "disponibilidad" (querer trabajar), está en que el primero supone la materialización por parte del desempleado del deseo de trabajar. Es decir, además de estar obligado a aceptar alguna oferta de empleo considerada "conveniente", deberá demostrar que él, por su cuenta, está buscando efectivamente un empleo de esas características. La diferencia está en que mientras la "disponibilidad" supone una actitud pasiva (esperar la oferta de empleo conveniente[46]), el requisito "efectivamente en busca de empleo" implica tener una actitud activa en la reinserción en el mercado de trabajo.

Como se puede apreciar, con este requisito se refuerza la obligación impuesta por el criterio de la "disponibilidad". Efectivamente, el desempleado además de estar obligado a aceptar una oferta de empleo considerada conveniente, tendrá que demostrar que él la está buscando activamente. La razón de imponer una obligación de esta naturaleza estriba en que, desde una perspectiva neoliberal, *"(...) se tiende a reprochar a los sistemas de seguro de desempleo que prolongan "artificialmente" la situación de paro, por su efecto psicológico anestesiante del interés del desempleado en la búsqueda de ocupación (...)"* [47].

---

[44] INSTITUTO APOYO, "La Economía para Todos. Texto y Guía para Consulta". Editorial Bruño. Lima 1997, p.136

[45] *"La tasa de desempleo es igual al porcentaje de la PEA que no tiene trabajo, pero que se encuentra activamente buscando trabajo. (...)"* (INSTITUTO APOYO, Op. Cit., p. 136.)

[46] Por ejemplo, en lo países desarrollados existen agencias gubernamentales de empleo que se encargan de colocar a los desempleados en puestos de trabajo considerados convenientes. El gran problema en dichos países es que, muchas veces, los desempleados sólo se dedican a esperar dicha oferta y no buscan por sus propios medios un nuevo empleo.

[47] MONEREO PEREZ, Op. Cit., p. 24.

Sin perjuicio de rechazar esa corriente de pensamiento, lo cierto es que se debe *"(...) prestar particular atención en evitar la "instalación" de las personas protegidas en el desempleo (...)"*[48]. Por tal motivo, considero que este requisito también debería ser tomado en cuenta al momento de definir el concepto de desempleo objeto de protección. Solamente exigiéndose eso se estará evitando que la cobertura que brinda el "seguro de desempleo" sirva de asignación económica para algunas personas que "queriendo trabajar" no tengan el incentivo suficiente para materializar ese deseo.

Ahora bien, como ya dijimos, este Convenio introduce nuevas categorías de desempleo protegido. Efectivamente, en primer lugar, añade el concepto de desempleo parcial. Por éste se debe entender una *"pérdida de ganancias"* producida por *"una reducción temporal de la duración normal o legal del trabajo"*. Para su configuración, la persona protegida debe ver reducidos sus ingresos por haber sufrido una reducción temporal (no permanente) en su jornada ordinaria de trabajo (no se define en cuánto). Asimismo, se protege contra *"la suspensión o la reducción de ganancias como consecuencia de una suspensión temporal del trabajo, sin terminación de la relación de trabajo, en particular por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos"*. Este supuesto es equivalente a los casos de suspensión perfecta de labores por motivos objetivos, siempre preferible al despido. Aquí lo que se busca es asignar una prestación económica al trabajador que lo sufre hasta que se reanuden las labores[49]. Finalmente, se busca proteger *"a los trabajadores a tiempo parcial que estén efectivamente en busca de un empleo a tiempo completo"*. Aquí se pretende ayudar a aquellas personas que desean efectivamente incrementar sus ganancias trabajando a tiempo completo.

Después de haber revisado los tres convenios de la OIT que conforman el marco jurídico general sobre protección contra el desempleo, podemos concluir que la contingencia cubierta por el seguro de desempleo debe abarcar los siguientes supuestos:

---

[48] MONEREO PEREZ, Op. Cit., p. 25.

[49] Para MONEREO este supuesto representaría la clara función económica y política que cumple el seguro de desempleo, al revelarse *"(...) como un instrumento de las políticas de reorganización y reestructuración industrial, (...)"* que permite *"reducir, anestesiar, los conflictos sociales y políticos"* que siempre se desprenden de la implementación de estas medidas (Cfr. MONEREO PEREZ, Op. Cit., p. 28 - 39).

(i) El desempleo total, definido como la imposibilidad de obtener un empleo conveniente que sufre una persona apta, disponible y en búsqueda efectiva de empleo[50].
(ii) El desempleo parcial, definido como la reducción significativa de la remuneración por haberse sufrido una reducción temporal en la jornada ordinaria de trabajo.
(iii) La suspensión perfecta de labores por motivos objetivos.
(iv) El trabajo a tiempo parcial, siempre que el trabajador respectivo esté buscando efectivamente un empleo a tiempo completo.

Definida de esta forma la contingencia del desempleo, corresponde examinar cuáles son los mecanismos de prevención y protección ("previsión") establecidos desde la perspectiva de la seguridad social. Con respecto a ello, Alonso Olea señala:

"Remedio típico contra el paro forzoso es, además, su inclusión dentro del sistema de protección de la seguridad social. Encuadrado dentro de ésta o autónomo, el seguro de paro forzoso o desempleo tiene por finalidad garantizar la percepción por el parado de prestaciones de seguridad social sustitutivas del salario que deja de percibir precisamente por su situación de paro; convirtiéndose éste así en contingencia cubierta por la seguridad social."[51]

En el mismo sentido, se pronuncian los tres Convenios revisados. En efecto, el Convenio 44 exige que se le otorgue al desempleado una suma de dinero acumulada (devengada) *"con motivo de las cotizaciones abonadas en virtud del empleo del beneficiario"* (artículo 1°). Por su parte, el Convenio 102 garantiza el pago de prestaciones económicas periódicas que varían en su monto en función del criterio seguido para determinar el universo de personas protegidas (artículo

[50] Para un estudio exhaustivo de estos tres elementos, ver: (i) VIQUEIRA PEREZ, C. "La Prestación por Desempleo". Valencia, 1990. pp. 127 y sgts; y (ii) DESDENTADO BONETE, A. – MERCADER UGUINA, J. R. El Desempleo como Situación Protegida (Un Estudio sobre los Problemas de Acceso a la Protección en el Nivel Contributivo y en el Asistencial). Madrid, 1996, pp. 25 y sgts y 101 y sgts.

[51] ALONSO OLEA, Op. Cit., p. 204. Por su parte, RENDÓN señala: *"La reparación de sus efectos sobre el trabajador* (el desempleo) *ha sido confiada principalmente a la seguridad social, bajo la forma de entrega de ayudas económicas a los desocupados, de manera que puedan hacer frente a sus necesidades personales y familiares por un tiempo determinado."* (RENDÓN VÁSQUEZ, "Derecho...", p. 262).

22°)[52]. Finalmente, el Convenio 168 establece el otorgamiento de prestaciones económicas periódicas que varían dependiendo del tipo de desempleo protegido. Para hacer frente al desempleo total se establece el pago de prestaciones periódicas calculadas de manera "que se facilite al beneficiario una indemnización parcial y transitoria por su pérdida de ganancias (...)" (artículo14°)[53]. En lo que respecta a las prestaciones por desempleo parcial y en el caso del trabajador a tiempo parcial que busca un empleo a tiempo completo, se establece un criterio cualitativo para su fijación: *"el total de las indemnizaciones y de las ganancias procedentes de su empleo a tiempo parcial podrá ser tal que les incite a aceptar un empleo a tiempo completo"* (numeral 3 del artículo 10°). En otras palabras, el monto de la prestación más las ganancias por el empleo a tiempo parcial, no deben desincentivar la búsqueda de un empleo a tiempo completo; es decir, dicha suma debe ser menor a lo que se ganaría de trabajar a tiempo completo.

En ese sentido, podemos afirmar que la prevención y protección contra el desempleo supone: (i) incluir dicha situación dentro de las contingencias cubiertas por la seguridad social y (ii) garantizar el pago de una asignación económica (monetaria) periódica y temporal sustitutiva de la remuneración dejada de percibir. Como se puede apreciar, las prestaciones económicas son indispensables dentro del concepto de "seguro de desempleo"[54].

Por lo tanto, el "seguro de desempleo" será aquel sistema de protección contra el desempleo que formando parte del sistema de seguridad social, previene y

[52] Si se protege sólo a los asalariados, la prestación se calcula en base a las reglas del artículo 65° o a las reglas del artículo 66° (numeral 1 del artículo 22°). Si, por el contrario, se protege a todos los residentes cuyos recursos a la hora de la contingencia no exceden de ciertos límites, la prestación se calcula en base a las reglas del artículo 67° (numeral 2 del artículo 22°). Las diferentes reglas de cálculo mencionadas, buscan garantizar montos mínimos para las prestaciones periódicas.

[53] La cuantía en este caso, al igual que en el caso de suspensión de ganancias como consecuencia de una suspensión temporal del trabajo, sin terminación de la relación de trabajo, variará dependiendo de la base de cálculo que se utilice (artículo 15°). Si se calculan *"sobre la base de cotizaciones pagadas por la persona protegida o en su nombre, o en función de sus ganancias anteriores, éstas se fijarán en el 50 por ciento por lo menos de las ganancias anteriores dentro del límite eventual de máximos de indemnización o de ganancias"* (literal a del numeral 1 del artículo 15°). Si se calculan *"independientemente de las cotizaciones o de las ganancias anteriores, éstas se fijarán en el 50 por ciento por lo menos del salario mínimo legal o del salario de un trabajador ordinario, o en la cuantía mínima indispensable para cubrir los gastos esenciales"*.

[54] Por lo demás, si ello no fuera así ¿de qué manera se podrían evitar los efectos nefastos tan claramente relatados por Rendón Vásquez? (ver nota al pie 30).

protege ("previsión") contra el desempleo ("contingencia"[55]) otorgando periódicamente una suma de dinero que sustituya temporalmente las remuneraciones dejadas de percibir.

IV. ¿CUÁLES SON SUS CARACTERÍSTICAS?

En el punto precedente hemos señalado la definición de "seguro de desempleo". En ese sentido, corresponde ahora desarrollar cuáles son las características que, como mínimo, dicho sistema de protección debería tener. Para ello, nuevamente, recurriremos a las disposiciones de los Convenios 44, 102 y 168.

a) Ámbito subjetivo (personas protegidas).

En lo referido a este tema, el Convenio 44 establece un sistema de protección contra el desempleo que es aplicable únicamente a los "asalariados"[56] sin fijar un porcentaje mínimo de cobertura (artículo 2°). Por su parte, el Convenio 102 –acorde con sus principios subyacentes– establece una tendencia universalista al permitir a las legislaciones internas optar entre proteger a un porcentaje mínimo de asalariados (por lo menos, el 50% de todos los asalariados) o a cualquier persona (asalariada o no asalariada), siempre y cuando resida habitualmente en el territorio del Estado y sus ingresos no excedan de ciertos límites (artículo 20°). Finalmente, el Convenio 168 siguiendo la línea marcada por el Convenio 102, cubre un universo amplio de personas (ya sean asalariadas o no) donde, necesariamente, debe incluirse como mínimo al 85% de los asalariados (artículo 11°). Como se puede apreciar, existe una clara progresión en el ámbito subjetivo del seguro de desempleo[57].

Considero que esta tendencia universalista, es plenamente compatible con los principios rectores de la seguridad social, especialmente con el principio de universalidad[58]*. Siendo consecuentes con este principio, deberían*

[55] Tal como la he definido en la página 13.

[56] Con ese término nos referimos a aquellas personas que ponen su fuerza de trabajo a disposición de un tercero –quien la dirige, supervisa y, eventualmente, sanciona– a cambio de una remuneración. Es decir, aludimos a los "trabajadores dependientes".

[57] De proteger sólo asalariados sin siquiera exigir un porcentaje mínimo de cobertura, se pasa a exigir dicho mínimo de protección subjetiva (primero, 50% y, luego, 85%).

[58] Que –como se dijo– consiste en extender el *"campo de los beneficiarios a todo ser humano"* (NEVES MUJICA, Op. Cit., p. 174).

estar protegidas contra el desempleo todas aquellas personas que sean susceptibles de ver disminuidos o extinguidos sus ingresos (al margen de ser asalariadas o no asalariadas). Además, no debe olvidarse que la protección contra el desempleo al ser un derecho humano (ver punto I), extiende su ámbito de protección subjetivo a todas las personas.

Ahora bien, eso no quiere decir que esté absolutamente de acuerdo con ello. Efectivamente, considero que la protección generalizada es sólo una meta a alcanzar. No debe olvidarse que el principal instrumento internacional sobre seguridad social, el Convenio 102, sólo marca una tendencia universalista, por lo demás, coherente con su carácter de norma mínima. En consecuencia, en una primera etapa, debería cubrirse a todos los asalariados bajo la modalidad de aseguramiento obligatorio, pero permitiendo el aseguramiento facultativo de los no asalariados. Para poder alcanzar la meta de la protección universal, creo que es indispensable una reforma radical del actual sistema de financiamiento de la seguridad social que, realmente, permita garantizar este sistema de protección, haciéndola plenamente compatible con el principio de solidaridad[59].

b) Contingencia cubierta.

Sobre este tema me remito a lo ya mencionado en el punto III.

c) Período de calificación y plazo de espera.

Es común a los tres Convenios estudiados permitir que las legislaciones internas condicionen el otorgamiento de las prestaciones por desempleo al cumplimiento de un "período de calificación" (conocido también como "período de prueba") y de un "plazo de espera" (momento que transcurre entre el cese en el empleo y el inicio del pago de la prestación respectiva).

Efectivamente, el Convenio 44 señala que el primero puede ser cumplido mediante el pago de cierto número de cotizaciones dentro de un período deter-

[59] *"implica este principio que todas las personas de la sociedad tienen el deber de contribuir a financiar las prestaciones de seguridad social. Los recursos captados deben distribuirse en función...* (del principio de solidaridad)..., *sin que necesariamente deba haber conexión entre el monto de lo aportado y las prestaciones recibidas"* (RENDÓN VASQUEZ, "Derecho...", p. 74). Para un estudio a profundidad de este principio, ver: ERMIDA URIARTE, Op. Cit., pp. 42 – 46.

minado o trabajando en un empleo específico durante un período específico. En ambos casos, dichos períodos deben preceder a la solicitud de indemnización o al comienzo del desempleo (artículo 6°)[60]. Con respecto al "período de espera", el 8° párrafo de la Recomendación 44 señala que ese lapso de tiempo no debería exceder de 8 días por período de desempleo. Por su parte, el Convenio 102 resalta que el "período de calificación" puede consistir en un "período de cotización", en un "período de empleo", en un "período de residencia" o en cualquier combinación de los mismos, según se determine en la legislación interna (literal f del numeral 1 del artículo 1°)[61]. En lo que respecta al "período de espera", se fija en 7 días contados desde la suspensión de ganancias (numeral 3 del artículo 24°). Finalmente, el Convenio 168 repite lo establecido por el Convenio 102 para el caso del "período de calificación" (artículo 17°). Con respecto al "plazo de espera" (artículo 18°), se repite el plazo máximo fijado en el Convenio 102 (7 días), pero se sugiere "proteger a los trabajadores que encuentren dificultades" durante dicho período (párrafo 17 de la Recomendación 176).

Como se puede apreciar, hay consenso en el seno de la OIT sobre los criterios utilizables para la fijación del período de calificación. En efecto, éste puede consistir en un "período de cotización", en un "período de empleo" o en un "período de residencia". Sobre lo que no hay acuerdo es sobre el tiempo de duración de dicho período[62]. Considero que la única alternativa completamente compatible con los principios de la seguridad social sería condicionar las prestaciones por desempleo al cumplimiento de un "período de residencia". En efecto, este supuesto supone la plena vigencia del principio de universalidad porque no restringe el ámbito subjetivo del "seguro de desempleo" (abarca a todos los "residentes" de un país) y, al mismo tiempo, respeta el principio de solidaridad ya que no condiciona el otorgamiento de las prestaciones por desempleo al aporte previo de un míni-

[60] La Recomendación 44 añade que el período de prueba no debería exceder del pago de 26 semanas de cotización o de 26 semanas de empleo, en ambos casos durante los 12 meses precedentes a la solicitud de la prestación.

[61] A diferencia del Convenio 44, no establece límites que guíen la fijación de un "período de calificación", es más, se otorga una amplia discrecionalidad para fijar éste, ya que se permite que las legislaciones internas establezcan el *"que se considere necesario para evitar abusos"* (artículo 23°).

[62] Mientras que el Convenio 44 y su respectiva Recomendación establecen un plazo máximo de duración, los Convenios 102 y 168 permiten que las distintas legislaciones fijen el que crean conveniente para evitar abusos.

mo de cotizaciones[63]. No obstante, un esquema como ese es absolutamente irrealizable en las actuales condiciones de nuestra seguridad social[64]. Por tal motivo, en una primera etapa, sería recomendable condicionar las prestaciones por desempleo a un período previo de cotización[65].

En lo que respecta a los límites temporales del "período de calificación", creemos que el criterio más adecuado es el establecido por el Convenio 102. En efecto, permitir que las legislaciones internas establezcan el "que se considere necesario para evitar abusos", le otorga una nota de flexibilidad al sistema de protección contra el desempleo que permite adecuarlo, por lo menos en este aspecto, a las peculiaridades propias de cada país. Finalmente, sobre el "período de espera" creemos que el más adecuado es de siete días, tal como se señala en los Convenios 102 y 168.

d) Prestaciones por desempleo y su cuantía.

Tal como se dijo, las prestaciones económicas son indispensables dentro del concepto de "seguro de desempleo". Sobre este punto me remito a lo ya expresado en el punto III. Para calcular su "monto" o "cuantía" se han establecido diversos criterios en los Convenios 102 y 168[66].

El primero garantiza el pago de prestaciones económicas periódicas que varían en su monto en función del criterio seguido para determinar el universo de personas protegidas. Si se protege sólo a los asalariados, la prestación se calcula en base a las reglas del artículo 65° o a las reglas del artículo 66°. Si, por el contrario, se protege a todos los residentes cuyos recursos a la hora de la contingencia no exceden de ciertos límites, la prestación se calcula en base a las reglas del artículo 67°. En el primer supuesto, el monto de la prestación no debe ser inferior al 45% del "total de las ganancias anteriores del beneficiario" (artículo 65°) o al 45% del "salario del trabajador ordinario no calificado adulto del sexo

[63] Según NEVES, este principio "obliga a todos a cooperar en el cumplimiento de sus objetivos, abandonando la proporcionalidad entre aportes y beneficios" (NEVES MUJICA, Op. Cit., p. 174). En el mismo sentido se pronuncia Rendón Vásquez (ver nota al pie 59).

[64] Para adoptar el criterio "período de residencia" es necesario, primero, alcanzar un sistema de protección universal financiado de conformidad con el principio de solidaridad.

[65] Que, por lo demás, es el criterio que sigue el artículo 210° del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social Española.

[66] El Convenio 44 no tiene disposiciones para establecer el monto mínimo de las prestaciones.

masculino" (artículo 66°). En el segundo caso, se debe establecer un monto fijo determinado de acuerdo con las reglas que establezca cada país que "deberá ser suficiente para asegurar a la familia condiciones de vida sanas y convenientes, y no deberá ser inferior al monto de la prestación calculada de conformidad con las disposiciones del artículo 66°" (artículo 67°).

Por su parte, el Convenio 168 establece criterios cualitativos y cuantitativos para fijar la cuantía de las prestaciones por desempleo, los mismos que varían en función de las distintas contingencias cubiertas. Para hacer frente al desempleo total se establece el pago de prestaciones periódicas calculadas de manera *"que se facilite al beneficiario una indemnización parcial y transitoria por su pérdida de ganancias y se eviten al mismo tiempo efectos disuasivos para el trabajo y la creación de empleos"*. La cuantía en este caso, al igual que en el caso de suspensión de ganancias como consecuencia de una suspensión temporal del trabajo, sin terminación de la relación de trabajo, variará dependiendo de la base de cálculo que se utilice. Si se calculan *"sobre la base de cotizaciones pagadas por la persona protegida o en su nombre, o en función de sus ganancias anteriores, éstas se fijarán en el 50 por ciento por lo menos de las ganancias anteriores dentro del límite eventual de máximos de indemnización o de ganancias"*. Si se calculan *"independientemente de las cotizaciones o de las ganancias anteriores, éstas se fijarán en el 50 por ciento por lo menos del salario mínimo legal o del salario de un trabajador ordinario, o en la cuantía mínima indispensable para cubrir los gastos esenciales"*. En lo que respecta a las prestaciones por desempleo parcial y en el caso del trabajador a tiempo parcial que busca un empleo a tiempo completo, se establece un criterio cualitativo para su fijación: *"el total de las indemnizaciones y de las ganancias procedentes de su empleo a tiempo parcial podrá ser tal que les incite a aceptar un empleo a tiempo completo"*. En otras palabras, el monto de la prestación más las ganancias por el empleo a tiempo parcial, no deben desincentivar la búsqueda de un empleo a tiempo completo; es decir, dicha suma debe ser menor a lo que se ganaría de trabajar a tiempo completo.

Como se puede apreciar, el Convenio 102 fija la cuantía de la prestación por desempleo en función del universo protegido, mientras que el Convenio 168 lo hace de acuerdo con la contingencia cubierta. Considero que los criterios para fijar la cuantía establecidos en el Convenio 168 son más adecuados a nuestra definición de "seguro de desempleo". En consecuencia, debemos seguir, en este

punto, al Convenio que fija reglas específicas para cada supuesto cubierto. Y ello debe ser así porque, aun cuando todos los supuestos cubiertos tienen elementos en común, afectan a las personas protegidas en forma distinta. Por tal motivo, deben establecerse reglas diferentes para calcular el monto de la prestación por desempleo en cada caso.

En lo referido al desempleo total y a la suspensión perfecta de labores por motivos objetivos, lo más adecuado para evitar los efectos nefastos del desempleo sería calcular el monto de la prestación por desempleo en función de las ganancias anteriores. Efectivamente, si se fija ésta en un porcentaje (digamos, el 50%) del monto resultante de promediar los ingresos percibidos durante el período de empleo exigido como "período de calificación", se estará garantizando un monto mínimo que le permita al desempleado mantener, en cierta forma, su estándar de vida. Además, al ser el porcentaje de un promedio no se desincentivará la búsqueda efectiva de empleo por parte del beneficiario (debe tenerse en cuenta que la prestación por desempleo nunca será superior o igual a la última remuneración, con lo cual el beneficiario se verá forzado a buscar un nuevo empleo que le permita mantener el nivel de vida alcanzado). En lo que respecta a las prestaciones por desempleo parcial, no tenemos más que adherirnos al criterio cualitativo expuesto al momento de estudiar en este mismo punto el Convenio 168, por lo que nos remitimos a lo ya expresado en ese momento.

En conclusión, en el caso de desempleo total y suspensión perfecta de labores por motivos objetivos, la cuantía de la prestación debe ser igual a un porcentaje del monto resultante de promediar los ingresos percibidos por el beneficiario durante el "período de cotización". En el caso de desempleo parcial, el monto de la prestación más los ingresos obtenidos luego de la reducción significativa de la jornada ordinaria de trabajo, no debe desincentivar la búsqueda de un empleo a tiempo completo.

e) Duración de las prestaciones.

Como se recuerda, los tres Convenios revisados permiten que las legislaciones internas limiten el otorgamiento de las prestaciones por desempleo a un período de tiempo determinado.

De acuerdo con el Convenio 44, la duración de dichas prestaciones podrá limitarse a un período de tiempo determinado que, normalmente, no deberá ser inferior a 156 días laborables en un período de un año. Sin embargo, se permite en situaciones excepcionales reducir el límite inferior a 78 días laborables por año. Por su parte, el Convenio 102 dispone que las prestaciones por desempleo deberán *"concederse durante todo el transcurso de la contingencia"*; sin embargo, al igual que el Convenio 44, se permite establecer límites que varían dependiendo del criterio seguido para determinar a las personas protegidas. Sí se protege sólo a los asalariados, la duración de la prestación podrá limitarse a 13 semanas en el transcurso de un período de 12 meses. Sí, por el contrario, se protege a todos los residentes cuyos recursos a la hora de la contingencia no exceden de ciertos límites, la duración de la prestación podrá limitarse a 26 semanas en el transcurso de un período de 12 meses. Finalmente, el Convenio 168 establece disposiciones específicas para el desempleo total y para la suspensión perfecta de labores por motivos objetivos. Para ambos casos, se establece que las prestaciones por desempleo *"deberán abonarse mientras duren estas contingencias"*. Sin embargo, en caso de desempleo total se permite limitar las prestaciones a *"veintiséis semanas por cada caso de desempleo o a treinta y nueve semanas en el transcurso de todo período de veinticuatro meses"*.

Como se puede apreciar, aparentemente la regla es otorgar la prestación durante todo el tiempo que dure la contingencia. Sin embargo, ello puede traer efectos perjudiciales al sistema de protección contra el desempleo ya que puede incentivar la "holgazanería" en los beneficiarios (podrían tomarse unas "vacaciones" mientras la seguridad social les asigna una prolongada cuota dineraria). Por tal motivo, lo mejor sería establecer un limite temporal al otorgamiento de las prestaciones por desempleo.

Ahora bien, para fijar ese límite además de tener en cuenta las disposiciones de los Convenios estudiados, debe considerarse la duración promedio de la rotación laboral en un país determinado. En efecto, la duración de las prestaciones por desempleo debe cubrir aquel período de tiempo donde razonablemente se puede esperar que el beneficiario consiga un nuevo empleo. En otras palabras, debe cubrir el período de tiempo promedio que dura la situación de desempleo. Y ¿cuál es ese período de tiempo? Consideramos que éste viene determinado por el Convenio 44. Efectivamente, los períodos mínimos establecidos en los Convenios 102

y 168 nos parecen excesivos (en promedio garantizan 6 meses y medio dentro de un período de un año).

Sin embargo, considero que este criterio sólo debe ser aplicable a los casos de "desempleo total". Efectivamente, para los casos de "suspensión perfecta de labores por motivos objetivos", lo lógico sería que la protección cubra todo el período de suspensión. En ese sentido, asumimos completamente el criterio del Convenio 168 para este último caso. Finalmente, en lo que respecta a la duración de la prestación por "desempleo parcial", cabe delimitar la misma en función del mismo criterio cualitativo establecido para fijar su cuantía: no debe ser demasiado prolongada de tal forma que desincentive la búsqueda de un empleo a tiempo completo.

Un pequeño comentario merece lo establecido en el párrafo 19 de la Recomendación 176. En este punto, sugiere prolongar las prestaciones por desempleo *"hasta la edad de admisión a la pensión de vejez para los desempleados que hayan alcanzado una edad prescrita anterior a la edad de admisión a la pensión de vejez"*. Al respecto, estoy plenamente de acuerdo con este criterio. En efecto, que un desempleado de edad avanzada vuelva a insertarse en el mercado laboral es prácticamente imposible. El no otorgarle protección adecuada, significa condenarlo a la miseria absoluta. Por tal motivo, creo que el "seguro de desempleo" debe otorgar una cobertura especial para estos casos. Sobre el tipo de cobertura a otorgar, la edad mínima para acogerse a ella, etc; debería realizarse un estudio pormenorizado, el mismo que escapa a los alcances del presente trabajo[67].

V. REFLEXIÓN FINAL.

Como se señaló en el punto II, el derecho a estar protegido contra la contingencia del desempleo es un derecho humano y, como tal, un derecho constitucional. Esto, a su vez, supone que el legislador está obligado a incluir dicha contingencia dentro de los alcances de nuestra seguridad social. Las pautas sobre cómo debería regularse esta materia, a mi juicio, están previstas en los capítulos III y IV.

Ahora bien, el hecho que, a la fecha, nuestro sistema de seguridad social no otorgue las prestaciones por desempleo estudiadas en el presente trabajo, no sig-

[67] Para profundizar en este punto, ver: MONEREO PEREZ, Op. Cit., pp. 53 – 196 y 209 – 237.

nifica que los desempleados estén absolutamente desamparados. En efecto, nuestra legislación ha previsto una serie de mecanismos que, en la práctica, estarían haciendo las veces de "seguro de desempleo", aunque jurídicamente no califiquen como tales. Aun cuando, por razones de espacio, no voy a hacer un análisis detallado de los mismos, sí es necesario mencionarlos y precisar, a grandes rasgos, porque no calificarían como un "seguro de desempleo".

En primer lugar, habría que mencionar el derecho especial de cobertura por desempleo, previsto en el artículo 11° de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, que señala que *"en caso de desempleo y de suspensión perfecta de labores que genere la pérdida del derecho de cobertura, los afiliados regulares y sus derechohabientes tienen el derecho a las prestaciones de prevención, promoción y atención de la salud durante un período de latencia de hasta doce meses, siempre que cuenten con un mínimo de cinco meses de aportación en los últimos tres años precedentes al cese, acogiéndose a dos meses de período de latencia por cada cinco meses de aportación. El período de latencia para los casos de suspensión perfecta de labores será de aplicación a partir de la fecha de pérdida del derecho de cobertura"*. De lo señalado en la norma, queda absolutamente claro la ausencia del factor monetario (otorgamiento periódico de una suma de dinero que sustituya temporalmente las remuneraciones dejadas de percibir) en esta cobertura especial que brinda la Seguridad Social en Salud, elemento fundamental en la definición de "seguro de desempleo".

En segundo lugar, es necesario hacer referencia a la indemnización por despido arbitrario establecida en el artículo 34° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. De acuerdo con dicha norma, *"si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido. (...)"*.

Como se puede apreciar, la finalidad de la norma es claramente resarcitoria: busca reparar el daño producido en el trabajador despedido arbitrariamente. En ese sentido, es evidente que esta norma es tributaria del artículo 1321° del Código Civil, que –de forma general– señala que *"queda sujeto a la indemnización por daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa*

inexcusable o culpa leve. (...)". Esto quiere decir que, si no existiera el artículo 34° citado, un trabajador despedido arbitrariamente podría demandar a su empleador por no haber ejecutado su obligación contractual de dar trabajo y, como tal, reclamar la respectiva indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. En consecuencia, en realidad, la indemnización por despido arbitrario no persigue cubrir la contingencia del desempleo sino, únicamente, reparar el daño ocasionado al trabajador despedido por el incumplimiento contractual de su empleador. Tanto es así que este beneficio para su otorgamiento no requiere comprobar, de un lado, si el trabajador despedido está "apto" y "disponible" para el trabajo y, de otro, si está buscando activamente un empleo conveniente (sólo interesa verificar la arbitrariedad en la decisión empresarial). Incluso, el trabajador afectado podría encontrar un nuevo empleo al día siguiente de ser despedido y este hecho no impediría que cobre el monto correspondiente por indemnización por despido arbitrario. En ese sentido, queda claro que no existe vinculación entre este concepto y la definición de desempleo objeto de protección[68].

En tercer lugar, habría que hacer referencia a la Compensación por Tiempo de Servicios (en adelante, "CTS"). A mi criterio, este es el supuesto más difícil de dilucidar toda vez que, de conformidad con el artículo 1° del Decreto Supremo N° 001-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (en adelante, "LCTS"), este concepto *"(...) tiene la calidad de beneficio social de previsión de las contingencias que origina el cese en el trabajo (...)".* Al margen de tener que determinarse, en el futuro, cuál es la verdadera naturaleza jurídica de este beneficio[69], lo cierto es que por su propia construcción jurídica, más allá de declaraciones retóricas, se puede deducir que es una figura completamente distinta al "seguro de desempleo".

[68] Por lo demás, es evidente que no cumple con las características de este mecanismo: (i) no es universal (sólo le corresponde a los trabajadores asalariados despedidos arbitrariamente), (ii) no cubre todos los supuestos previstos en la contingencia protegida (sólo cubre el desempleo total "involuntario" en su versión más extrema: el despido arbitrario), (iii) no existe un período previo de "calificación" para su configuración ni un período de "espera" para iniciar su goce (el monto de la indemnización no depende de haber realizado cotizaciones previas y el pago se realiza ni bien se produce el despido arbitrario), y (iv) no está sujeto a un período máximo de disfrute (es un solo pago).

[69] Sobre este punto, ver: (i) OBREGÓN SEVILLANO, Tulio. La Compensación por Tiempo de Servicios. Lima: Estudio Vera Paredes, segunda edición, 1998, pp. 11 – 19; y (ii) GALLEGOS VEGA, Jaime. Op. Cit., pp. 54 – 81.

Efectivamente, si la CTS fuera un régimen de protección frente al desempleo, no se entendería por qué, de conformidad con el artículo 44° de la LCTS, dicho beneficio se abona, incluso, cuando un trabajador ha cesado con el fin de acogerse a la jubilación (contingencia totalmente distinta al desempleo). En este último supuesto, es claro que dicha persona ya no se encuentra "apta" y "disponible" para el trabajo y, mucho menos, está buscando un empleo considerado conveniente y, aun así, tiene derecho a recibir el pago total de este beneficio. Es más, si una persona cesa en su empleo y al día siguiente obtiene otro, al igual que en el caso de la indemnización por despido arbitrario, tiene derecho a recibir el monto total de su CTS. En ese sentido, es evidente que, a los efectos de proceder al cobro de este beneficio, poco importa la condición de desempleado, ya que lo único relevante será verificar si el trabajador cesó o no en su empleo. Consecuentemente, queda claro que la CTS y el "seguro de desempleo" son, a primera vista, conceptos jurídicamente distintos. En todo caso, podría alegarse que la primera, a lo más, califica como un seguro de "cesantía", situación jurídica que, como dije, no guarda relación con el tipo de "desempleo" objeto de protección.

Finalmente, es necesario hacer una breve referencia al Régimen Especial de Jubilación Anticipada para Desempleados (en adelante, "REJAD"), previsto en el Sistema Privado de Pensiones (en adelante, "SPP"). El REJAD creado por la Ley N° 27617, es un esquema temporal que persigue proporcionar condiciones de jubilación más flexibles para los trabajadores afiliados al SPP que se encuentren en situación de desempleo por un período igual o mayor a 12 meses consecutivos. Según sus disposiciones, el afiliado debe contar con 55 años cumplidos al momento de presentar su solicitud de jubilación anticipada ante la AFP y su fondo debe permitirle una pensión mayor o igual al 30% del promedio de las últimas 60 remuneraciones, debidamente actualizadas por el índice de precios al consumidor, o una pensión no menor a un monto equivalente a dos remuneraciones mínimas vitales.

La primera observación que cabría hacer es que estamos ante un supuesto de "jubilación" adelantada. Efectivamente, el hecho que el supuesto jurídico habilitante sea encontrarse en una situación de desempleo, no convierte a esta figura en un "seguro de desempleo" propiamente dicho. Debe tenerse en cuenta que estamos ante el caso de una persona que, al haber estado desocupada durante un largo período de tiempo, persigue retirarse anticipadamente del mercado laboral y no incorporarse nuevamente al mismo. En otras palabras, jurídicamente, se asume

que el sujeto que solicita acogerse a este beneficio ya no se encuentra "apto" y "disponible" para el trabajo.

El segundo cuestionamiento a esta figura es mucho más profundo (y, quizás, ideológico) y apuntaría al régimen del que se desprende: el SPP. Como se sabe, este régimen, en la medida que no se ciñe a los principios de universalidad, integridad, solidaridad, unidad e internacionalidad, no califica, *en estricto sensu*, como un régimen de seguridad social. Y si ello es así, es evidente que se encuentra en la orilla opuesta al "seguro de desempleo" que, como dije, es una de las tantas prestaciones que tendría que asumir nuestro sistema de seguridad social.

La naturaleza jurídica de la relación laboral del magistrado y la ratificación

Jessica Mercedes García Rosas
Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa

Sumario

I. Introducción II. Marco general de la relación laboral
2.1. El Trabajo Regulado por el Derecho Laboral
2.2. Régimen Laboral Público y Privado
2.3. Derecho Individual de Trabajo del Magistrado y su Relación Laboral
2.4. Ese Trabajador llamado Magistrado 2.5. Terminación de la Relación Laboral del Magistrado
III. Antecedentes de la relación laboral del magistrado
3.1. La Ratificación Judicial en la Constitución Política de 1993
IV. Los términos de la propuesta de la reintroducción de la ratificación judicial
V. La ratificación judicial según el Consejo Nacional de la Magistratura
VI.La ratificación judicial como acto discrecional del Consejo Nacional de la Magistratura VII. Posición del Tribunal Constitucional en materia de ratificación VIII. Opinión
IX. Bibliografía

1.INTRODUCCIÓN

Cuando uno empieza a analizar la naturaleza jurídica de la relación laboral del Magistrado, sea este Juez o Fiscal, nos encontramos con el problema de la ratificación como motivo del cese de la relación laboral, y ello es precisamente el tema que presentamos.

La Constitución Política del Estado en su inciso 2) del artículo 154 dispone que el Consejo Nacional de la Magistratura "ratifique a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público". Ello nos lleva a las preguntas siguientes: ¿Esta disposición es anticonstitucional? y ¿Puede un magistrado titular renunciar a dicha

condición para que sea tenido sólo como provisional, por considerar que en tal condición tendrá mayor derecho a su estabilidad laboral al no estar sujeto a ratificación?

II. MARCO GENERAL DE LA RELACION LABORAL

2.1. El Trabajo Regulado por el Derecho Laboral

El Derecho del Trabajo no regula toda forma de prestación de servicios sino una manera muy particular de brindar ésta.

El tipo de "trabajo"al cual el Derecho Laboral le otorga su protección es –según Neves Mujica– aquél desempeñado por el ser humano por alguna finalidad productiva, por cuenta ajena, libre y subordinado[1].

La referencia a que este trabajo tiene una ***finalidad productiva*** incide en que quien lo realiza busca alcanzar una ventaja patrimonial o económica, aún cuando esta no sea la única finalidad y en la práctica se alcance o no este objetivo.

Laborar ***por cuenta ajena*** significa que el trabajo tiene que ser realizado por encargo de otro, el cual paga por la labor y se convierte en "propietario" de los bienes o servicios producidos.

Por ***trabajo libre*** se entiende que la prestación del servicio debe originarse en un acuerdo de voluntades, con libre consentimiento de las partes, es decir, tanto la decisión de trabajar así como la actividad a desempeñar y para quien, se origina en una decisión voluntaria. La vigente Constitución del Perú establece, en su artículo 2° numeral 15, que toda persona tiene derecho a trabajar libremente con sujeción a la ley, siendo que el Estado garantiza la libertad de trabajo.

La ***subordinación*** implica que la labor del trabajador es dirigida por quien otorga la remuneración a cambio del servicio; este rasgo no solamente permite determinar el tipo de trabajo regulado por el Derecho Laboral, sino que además constituye un elemento esencial de toda relación de trabajo[2]

[1] NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Ara Editores. Lima, 1997, p. 169

[2] VIDAL BERMUDEZ, Alvaro; Claudia LAPEYRE BRINGAS y Jaime ABAL ABARCA. Manual Práctico de Derecho Individual del Trabajo. Estudio Caballero Bustamante. Lima, 2000. p. A-2.

2.2. Régimen Laboral Público y Privado

En el Perú existen dos grandes regímenes laborales:

El régimen laboral público aplicable a los funcionarios y servidores del Estado, quienes son regulados primariamente por la Ley N° 11377 y ahora por el D. Leg. 276; y el régimen laboral común de la actividad privada regulado por el Texto Único Ordenado del D. Leg. 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Cada uno de ellos cuenta con regímenes especiales y encontramos en el caso del régimen público disposiciones especiales para los magistrados, en el presente trabajo nos vamos a referir al régimen laboral del Magistrado en su ámbito individual.

2.3. Derecho Individual de Trabajo del Magistrado y su Relación Laboral

Una vez definido en términos generales, el tipo de trabajo que es objeto de regulación en el Derecho laboral, debemos mencionar que es materia del presente estudio únicamente, la porción del Derecho Laboral que según Bueno Magano, tiene por objetivo "el contrato individual de trabajo y las cláusulas que le son incorporadas en virtud de la ley, la convención colectiva, la decisión normativa o los reglamentos"[3] Este derecho se desenvuelve en el campo individual, siendo su sustrato la relación jurídica existente entre un trabajador y su empleador. Cabe indicar que para este tratadista , forma parte del Derecho del Trabajo, además del Derecho Individual de Trabajo, el Derecho Colectivo de Trabajo, el Derecho tutelar de trabajo, la Seguridad Social y la Asistencia Social. En todo caso, la relación laboral constituye la "pieza maestra"[4] sobre la cual se construye no solamente el derecho del trabajo en su perspectiva individual, sino la totalidad del mismo. De ahí la importancia de determinar en qué supuestos estamos ante una relación laboral y en que otros no; para ello, será necesario tener en cuenta la presencia de los elementos esenciales que permiten verificar la existencia de un vínculo laboral protegido por el Derecho del Trabajo.

[3] Cfr. Materiales de Enseñanza de Derecho Colectivo del Trabajo, Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Edición. Lima, 1990. p. 24.

[4] VASQUEZ VIALARD, Antonio. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 2da. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1984. T-I p. 71

Según la doctrina y la legislación son elementos esenciales de la relación laboral la prestación personal del servicio, el vínculo de subordinación y la contraprestación remunerativa. Así la normativa nacional vigente establece que en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo a tiempo indeterminado.

2.4. Ese Trabajador llamado Magistrado

Tratando de enmarcar dentro de los alcances del D. Leg. 728 la relación laboral del Magistrado resulta *sui generis,* pues se dan los elementos esenciales de la relación laboral, pues el magistrado, sea Fiscal o Juez, presta sus servicios en forma personal y con una prestación remunerativa, pero es en el elemento de la subordinación donde surge el problema. Si como dice Neves Mujica la finalidad productiva del trabajo significa que el trabajo es realizado por encargo de otro quien le paga por esa labor y se apropia de los servicios producidos,[5] nos surgen los siguientes cuestionamientos ¿Quién es el jefe de un magistrado? ¿La parte ganadora de un proceso o el jefe de la Sala o Corte Superior?, ¿Quién se apropia del trabajo o los servicios producidos? ¿El Estado, los justiciables, la sociedad o peor aún, los abogados?.

2.5. Terminación de la Relación Laboral del Magistrado

Hasta este momento podemos afirmar que el Magistrado tiene la categoría de empleado con el cargo de funcionario público, su empleador es el Estado, percibe las remuneraciones que le asigna el Presupuesto y las provenientes de la enseñanza o de otras tareas expresamente previstas por la ley, según lo establecido por el art. 146 de la Constitución Política del Perú, y asimismo cuenta con las garantías constitucionales de independencia, inamovilidad, y permanencia en el servicio; y con las limitaciones que la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Constitución y el sistema normativo peruano le imponen. Un magistrado no puede ser comerciante, no puede participar en remates y tampoco puede declararse en huelga, con lo que se convierte en un ciudadano con derechos limitados, pero en compensación, el Estado le otorga poder y autonomía y ahora un sueldo más que decoroso, pero eso es un regalo griego, pues mientras la Constitución en su art. 139 le ofrece estabilidad como a cualquier otro trabajador; debajo de la mesa está

[5] NEVES MUJICA, Javier. Op. Cit. p.169

la figura de la *ratificación* por la cual el Consejo Nacional de la Magistratura lo puede despedir sin expresión de causa, truncando sus perspectivas de desarrollo como persona y como profesional y negándole la posibilidad de volver a postular al cargo, colgando con ello sobre él una espada de Dámocles sujeta por el pelo de un caballo.

Esta figura, la de ratificación, no está considerada en el art. 245 de la LOPJ, que se refiere a la terminación del cargo del magistrado y la razón es que la Ley Orgánica es anterior a la promulgación de la Constitución Política de 1993, la que creó la figura de ratificación, encargándole el proceso de nombramiento, evaluación control, ratificación y cese de los magistrados al Consejo Nacional de la Magistratura.

III. ANTECEDENTES DE LA RELACION LABORAL DEL MAGISTRADO

La crisis del Derecho Laboral se hizo latente a partir de la década de los 80, cuando la población económicamente activa empezó a crecer a un ritmo superior al de la creación de empleos, entre otras causas por la recesión económica. Un lugar común fue el alegato del sector patronal de que la generación de puestos de trabajo se veía limitado por la rigidez de la legislación laboral, especialmente en materia de despido, por lo que casi todos los países empezaron a flexibilizar sus esquemas de protección laboral. El Perú no fue la excepción, a partir de 1990 se dictaron normas que no sólo unificaron la dispersa legislación de la materia, sino que además intentan impulsar la contratación con esquemas menos rígidos. Consecuencia de ello, nuestros tribunales se han visto precisados a crear una frondosa jurisprudencia, muchas veces cuestionable e incongruente, en materia laboral.

En nuestro constitucionalismo histórico, la figura de la ratificación judicial no cuenta con mucha tradición. Como tal, fue prevista por primera vez en la Constitución de 1920, se la mantuvo en la Carta del 33, para posteriormente abandonárla en la Constitución de 1979, que la arrasó y consagró el sistema de inamovilidad en el cargo hasta los 70 años, salvo que se carezca de conducta e idoneidad propia para el ejercicio de la función jurisdiccional

Sin embargo, si no se encontraba en el corpus de la Carta del 79, sí quedaron vestigios de ella, pues en una de sus disposiciones finales y transitorias se la pre-

vió, con carácter temporal, para someter a ella a los magistrados incorporados en el largo período de la dictadura militar[6].

3.1. La Ratificación Judicial en la Constitución Política de 1993

En la Constitución de 1993 se volvió a establecer la figura de la Ratificación, al prever, en el artículo 154 inciso 2), como una competencia del redimensionado Consejo Nacional de la Magistratura, la de "***ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años***".

Contra lo que pudiera imaginarse, esta vez la introducción de una institución tan polémica, como la de la ratificación, no nació con el afán de manipular a los jueces y someterlos al poder político. Fue introducida, curiosamente, aceptándose una propuesta alcanzada por la Corte Suprema de Justicia al Congreso Constituyente Democrático (CCD), dentro de un paquete de iniciativas sobre el tratamiento constitucional que debería merecer el Poder Judicial en la nueva Constitución, que entonces se pensaba elaborar.

Una vez convocado el CCD, el presidente de la Corte Suprema de entonces, Luis Serpa Segura, nombró una "Comisión de Reforma Constitucional para el Poder Judicial", la que se oficializó mediante la Resolución Administrativa N° 045-92-P-CS, de 30 de junio de 1992 (publicada en el diario oficial el 4 de julio de 1992). Dicha comisión, que tuvo como presidente al magistrado Ortíz Bernardini, y del vicepresidente a Domingo García Belaunde, estuvo integrada por juristas de nota, como Javier de Belaunde, Juan Monroy Gálvez, Fernando de Trazegnies, Florencio Mixán y Víctor Prado Saldarriaga, entre otros. Su trabajo, que comenzó con su instalación el 6 de julio de 1992, fue arduo y se prolongó por varias semanas.

Fruto de él, fue el "Anteproyecto de Reforma Constitucional del Poder Judicial", que luego de ser aprobado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, sería presentado al CCD como una propuesta institucional . Entre otros temas, en el inciso a) de su artículo 30 señalaba que una de las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura, era la de "ratificar a todos los jueces y fiscales cada cinco años. Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al

[6] Decimotercera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1979.

Ministerio Público. El proceso de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias".

La propuesta de reintroducir la ratificación de los jueces, fue iniciativa de Domingo García Belaunde, la que con excepción de Juan Monroy Gálvez, fue aceptada por los miembros de la comisión que regularmente asistían. No fue, desde luego, un asunto cuya aceptación se realizase en forma pacífica. Sí fue, en cambio, el único aspecto cuyas diferencias, que existieron en otros puntos y de grado superlativo, culminaron, por así decirlo, con un voto singular de Monroy Gálvez, que se añadió a la Exposición de Motivos.

La Exposición de Motivos, por cierto, no fue muy fecunda en exponer las razones que justificaban la propuesta, a diferencia de los importantes debates que se suscitaron en la comisión. Según se lee de la Exposición de Motivos, a juicio de la Comisión, "son muchos y numerosos los argumentos para reintroducir constitucionalmente las ratificaciones judiciales, cuya enumeración sería muy exhaustiva. La comisión quiso tan sólo dejar establecido que la inamovilidad judicial como ideal, es algo que solo puede darse cuando existe un alto nivel en las instituciones y sobre todo cuando existe una carrera judicial en forma, cosas ambas que no existen en el Perú...".

La propuesta, sin embargo, fue aceptada por la Sala Plena de la Corte Suprema y enviada, posteriormente, al CCD para que se tenga en cuenta en el debate constituyente.

En términos generales, la ratificación fue aceptada por el CCD, que luego se sometería a referéndum, el 31 de octubre de 1993, siendo así aprobada por el pueblo.

IV. LOS TÉRMINOS DE LA PROPUESTA DE LA REINTRODUCCIÓN DE LA RATIFICACIÓN JUDICIAL

Tal vez resulte interesante precisar que los términos en los que se propuso la institución de la ratificación judicial por la Comisión de Reforma Constitucional del Poder Judicial, son semejantes a los que finalmente se aprobaron en el CCD, y que fueran aprobados en el referéndum de octubre de 1993.

Este dato es interesante, pues con cargo a investigarse más detenidamente, demuestra que la inserción de la ratificación judicial, al provenir de una comisión integrada por juristas no vinculados al régimen y de los propios jueces, no tuvo el propósito de servir como un mecanismo de manipulación del Poder Judicial, al afectarse su independencia, sino solo de prever un mecanismo mediante el cual expulsar de la judicatura a ciertos magistrados y fiscales, negándoseles el voto de confianza, que es en lo que al final de cuentas se traduce todo el asunto de la ratificación.

Aún más, inicialmente el CCD trabajó una propuesta más próxima a la que se había previsto en la Carta de 1979, que aquella que presentó el Poder Judicial. El artículo correspondiente del primer anteproyecto (mayo de 1993) disponía que "Los magistrados están sujetos a ratificación por el Consejo Nacional de la Magistratura. La no ratificación se produce previa evaluación respecto de los magistrados por inconducta o incompetencia funcional. Los magistrados tienen derecho a ser oídos. Las resoluciones son motivadas".

Como se recordará, la Decimotercera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1979, en su parte pertinente, señalaba que la ratificación que allí se preveía, debería realizarse con "...audiencia a los interesados. Ningún magistrado judicial es separado de su cargo sin ser previamente citado y oído. La resolución debe expresar los fundamentos en que se sustenta".

Similar disposición se repetiría, por cierto, en el segundo y tercer proyecto, lo que sólo sería variado, en los términos en los que ahora está previsto en la Constitución de 1993, en el último texto aprobado por el CCD (los anteriores fueron discutidos y aprobados en la Comisión de Constitución, como se recordará).

Cuáles sean las razones de estas idas y vueltas, es un tema sobre el que seguramente habrá que investigarse en los diarios de debates. En todo caso, una cosa parece que es clara. Si, como rara vez sucede, el poder político hubiese seguido su intuición, tal vez ninguno de los problemas que actualmente afronta el Consejo Nacional de la Magistratura se hubiera presentado. Por lo menos, con la intensidad con la que ahora se les cuestiona.

V. LA RATIFICACIÓN JUDICIAL SEGÚN EL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

En primer término, debemos explicar cómo define el Consejo Nacional de la Magistratura el proceso de ratificación de Jueces y Fiscales. Para ello recordemos que la ratificación de jueces y fiscales es una atribución constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura, junto con el nombramiento y la sanción disciplinaria de estos magistrados. Así, tenemos que el inciso 2 del artículo 154 de la Constitución de 1993 establece lo siguiente:

"Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura: (...) 2. Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público. El proceso de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias".

Como podemos apreciar, la ratificación tiene las siguientes características: es *periódica, no implica la imposición de una sanción con motivo de la comisión de una falta disciplinaria* (vale decir, no es un proceso sancionador) y sus consecuencias en caso de no ratificación implica actualmente en el Perú la cancelación de por vida de la opción por el ejercicio de la magistratura, en cualquiera de sus niveles, afectando de por vida al magistrado (no volver a laborar en el Poder Judicial o el Ministerio Público). A estas características añadimos que las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en esta materia no pueden ser revisadas en sede judicial, de acuerdo al artículo 142 de la Constitución.

A juicio del Consejo Nacional de la Magistratura, según refiere la Defensoría del Pueblo, al no ser el proceso de ratificación uno de carácter disciplinario o sancionador, no se sujeta a la exigencia de motivar la resolución final o de otorgar audiencia previa al magistrado, es decir, a los estándares del debido proceso[7]. Para los consejeros, las decisiones sobre la ratificación o no de los magistrados son "votos de confianza" sin expresión de causa, esto es, "actos discrecionales. que implican un análisis personalísimo, cuya base principal es la ausencia de expresión de causa" de los consejeros, por lo que el único criterio del consejero es "la convicción que le pueda producir el magistrado evaluado, como correlato de su trayectoria en los siete años previos durante el ejercicio de su cargo". Para el

[7] Oficio N° 468-2002-P-CNM, del 09 de abril de 2002.

CNM, el expresar las razones de una no ratificación, como si fueran cargos de un proceso disciplinario, no corresponde ni es propio al tratamiento establecido en el inciso 2) del artículo 154 de la Constitución. Por eso es que las resoluciones del CNM son inimpugnables, conforme al artículo 142 de la Constitución y los artículos 2 y 30 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura (LOCNM)[8].

No obstante, de las propias afirmaciones del Consejo podríamos apreciar que sí existirían criterios a tener en cuenta para otorgar la confianza a un magistrado y estarían relacionados con la necesidad de separar del Poder Judicial y del Ministerio Público a los jueces o fiscales que puedan estar asociados a la comisión de actos ilícitos o que no tengan la capacidad e idoneidad suficiente para el desempeño del cargo. Ello se deduce de una respuesta del Consejo Nacional de la Magistratura a la Defensoría del Pueblo, en la cual se afirma lo siguiente:

"(...) las ratificaciones funcionan como un mecanismo depurativo y de renovación periódica del órgano judicial en pro de una correcta administración de justicia, que permita mantener a la magistratura ajena a actos de corrupción y con jueces y fiscales capacitados e idóneos para el cargo"[9].

Estas afirmaciones ponen en evidencia que los consejeros utilizan criterios que estarían referidos a procesos distintos a la ratificación. En efecto, los actos de corrupción están necesariamente relacionados con la comisión de actos ilícitos que pueden dar lugar a sanciones administrativas o penales, caso en el cual queda descontado que el magistrado acusado de tales hechos tiene a su disposición todas las garantías del debido proceso. De otro lado, el tema de la capacidad e idoneidad para el desempeño del cargo es un aspecto que tiene que ver más con el proceso de selección que con el de ratificación.

Más aún, la Defensoría del Pueblo ha denunciado que para los procesos de ratificación los consejeros "han recogido información de dudosa vinculación con la suficiencia profesional así como con la conducta e idoneidad de la función", como por ejemplo formular preguntas a los magistrados sobre sus relaciones afectivas, los motivos de su soltería, sus compañías ocasionales, etc. Si éstos

[8] Res. N° 038-2002/DP del 28 de noviembre de 2002.

[9] Oficio N° 468-2002-P-CNM, del 09 de abril de 2002.

fueron los criterios, las resoluciones de ratificación podrían haberse convertido en sanciones morales contra magistrados homosexuales, divorciados, etc., lo cual conllevaría a auténticas situaciones de discriminación.

En todo caso, sea cual fuere la motivación de los consejeros para otorgar o denegar la confianza a un magistrado a través de un proceso de ratificación, lo cierto es que para los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura la ratificación es un proceso en el cual se evalúa con discrecionalidad absoluta la permanencia en el cargo de un juez o fiscal. En tal medida, es menester preguntarse si este tipo de actos jurídicos es compatible con los principios constitucionales y los derechos fundamentales de la persona.

VI. LA RATIFICACIÓN JUDICIAL COMO ACTO DISCRECIONAL DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

Probablemente, todo el problema de las ratificaciones judiciales es consecuencia de la renuencia del Consejo Nacional de la Magistratura para justificar o, lo que es lo mismo, motivar sus decisiones.

Según algunos, su carencia violaría el derecho al debido proceso, ya que no permitiría que el afectado pueda ejercer su derecho de defensa.

A nuestro juicio, el problema no va por ese camino. En efecto, la clave para afrontar el tópico de las ratificaciones judiciales debe partir de comprender que no se trata de una sanción que se impone al no ratificado, sino de un *voto de no confianza* pronunciado en torno a la manera como ha desempeñado la función judicial. En consecuencia, dado que no se trata de una sanción disciplinaria, no es preciso que se le abra un procedimiento administrativo (que sí se exige para los casos de destitución), o que se le conceda al magistrado la posibilidad de ejercer el derecho de defensa.

No hay derecho de defensa que se pueda hacer valer ante un acto o decisión que expresa la no confianza del Consejo Nacional de la Magistratura, pues simplemente no hay cargos o faltas que se le imputen, en defecto de lo cual lo que hubiese correspondido es iniciar el proceso para sancionarlo con la destitución. Sí, en cambio, existe la necesidad de conceder la oportunidad de ser oído en una

audiencia, presupuesto de las alegaciones sobre la forma como se desenvolvió en el ejercicio de la función jurisdiccional encomendada.

Por ello, bien puede decirse que la competencia del Consejo Nacional de la Magistratura para ratificar jueces y fiscales constituye el ejercicio de una auténtica ***potestad discrecional*** que la Constitución le ha atribuido, por virtud de la cual éste, contando con un margen de apreciación, evalúa el rendimiento y la forma como se han desenvuelto jueces y fiscales dentro de los 7 años de ejercicio de sus funciones. Es decir, se trata de un acto expedido en "un espacio de autodeterminación", por virtud del cual se renueva la confianza o no del magistrado en atención a una evaluación de la manera como se ha desempeñado en el ejercicio del cargo.

Pero autodeterminación o libertad de valoración para evaluar a jueces y fiscales no quiere decir arbitrariedad; así como tampoco implica no estar obligados a motivar o, acaso, que sea incompatible con la introducción de una serie de criterios a los cuales atenerse al formular sus valoraciones.

En ese sentido, se admite que los actos producidos en el ejercicio de potestades discrecionales, para legitimarse, deben cumplir con una serie de requisitos, de cuya presencia depende su validez.

Aparte de su autorización por el ordenamiento, y que su realización sólo puede efectuarse por el órgano competente, la ratificación judicial está sujeta, constitucionalmente, a un doble tipo de límites, ya que el actuar con criterio de conciencia implica no una exoneración del deber de justificar las decisiones que afecten derechos, sino una doble exigencia de fundamentación: en primer lugar, deben definirse cuáles serán los criterios que guiarán la decisión; y luego, exponer cómo esos criterios han de aplicarse al caso concreto.

En primer lugar, debe estar motivada. Como antes se ha hecho notar, nuestra escasa tradición constitucional en materia de ratificación judicial, cuando ella la ha previsto, siempre ha exigido que ésta deba ser motivada. Así, por ejemplo, la XIII Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1979, que señalaba que "La resolución debe expresar los fundamentos en que se sustenta".

Cabe, entonces, preguntarse: ¿Tal norma constitucional concede al Consejo Nacional de la Magistratura la posibilidad de que sus actos, al menos en materia de ratificación, no sean susceptibles de control?, ¿quiere decir que se trata de un órgano autárquico? Esto es, ¿qué puede ejercer sus atribuciones fuera de los límites previstos en la Constitución, pues al fin de cuentas no hay un órgano externo que lo pueda supervisar?, o, acaso, ¿que no se encuentre vinculado a la Constitución más allá de la autorización de ejercer su propia competencia?

La cuestión no es ociosa, pues sucede que aún no se ha despejado del todo la idea, prevaleciente en ciertos sectores de la comunidad jurídica nacional, según la cual en un Estado de Derecho no hay acto ni norma, cualquiera sea el poder público o particular que la expida, que pueda encontrarse exento de control judicial. Peor aún si se trata del ejercicio de una potestad, como la discrecional, que compromete derechos o intereses subjetivos.

VII. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE RATIFICACIÓN

No obstante, ya en numerosas oportunidades el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de llamar la atención que, en todo ordenamiento que cuenta con una Constitución rígida y, por tanto, donde ella es la fuente suprema, todas las leyes y disposiciones reglamentarias a fin de ser válidas, deben necesariamente ser interpretadas 'desde' y 'conforme' con la Constitución. Según el Tribunal, una interpretación 'desde' la Constitución no puede obviar que la Constitución de 1993, al tiempo de reconocer una serie de derechos constitucionales, también ha creado diversos mecanismos procesales con el objeto de tutelarlos. A la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo.

Es por ello que el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, tiene por finalidad la protección de los derechos fundamentales, como el parámetro básico de la labor jurídico-política concreta de la justicia constitucional. En ese sentido las garantías incorporadas en la Constitución Política de 1993, deben ser entendidas como instrumentos procesales que permiten, de manera

directa, la defensa de los derechos fundamentales que la Constitución ha establecido de manera abierta, cuando éstos sean afectados[10].

En consonancia con ello, ha señalado que, "detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales".

Un derecho subjetivo a la protección de los derechos que, además de su vertiente subjetiva, constituye, en palabras del propio Tribunal Constitucional, "una garantía institucional del Estado Constitucional de Derecho, en tanto que la condición de norma suprema de la Constitución y la necesidad de su defensa, operan tanto en el proceso de producción jurídica de las fuentes formales del derecho, como ante todos los órganos estatales e, incluso, ante los privados, cualquiera fuera el tipo, la calidad o naturaleza de los actos que puedan practicar. Y es que el reconocimiento de los derechos fundamentales y el establecimiento de mecanismos para su protección, constituyen el supuesto básico del funcionamiento del sistema democrático".Pero no solo eso. El Tribunal Constitucional, además, ha reclamado, extrayendo los alcances de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la necesidad de comprender los derechos reconocidos en la Constitución –y, entre ellos, desde luego, el de acceso a la justicia, aparentemente limitado por el artículo 142 de la Constitución– de cara con los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos. Pero no de manera libre, esto es, según los criterios que el intérprete nacional pueda extraer de ellos, sino en la forma como dichos tratados hayan sido comprendidos por los tribunales supranacionales en materia de protección de Derechos Humanos.

Pues bien, sucede que la limitación de acceso a la justicia para cuestionar las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura constituye precisamente eso, una limitación del derecho de acceso a la justicia y que, por lo mismo, debe ser interpretada de cara a lo que sobre tal propósito ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que la limitación prevista en el artículo 142 de la Constitución no lo excluye de la posibilidad de efectuar el control jurisdiccional sobre las ratificacio-

[10] LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático, Fondo Editorial PUCP. Lima 1999, p. 154

nes judiciales, pues al fin y al cabo, según ha afirmado, él no es un órgano judicial, esto es, que sea o forme parte del Poder Judicial.

A diferencia de la actividad jurisdiccional efectuada en sede judicial, el Tribunal Constitucional tiene como tareas la racionalización del ejercicio del poder, el cual se expresa en los actos de los operadores del Estado, el mismo que debe encontrarse conforme con las asignaciones competenciales establecidas por la Constitución; asimismo, vela por la preeminencia del texto fundamental de la República sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico del Estado; igualmente se encarga de velar por el respeto y la protección de los derechos fundamentales de la persona, así como de ejercer la tarea de intérprete supremo de los alcances y contenidos de la Constitución.

Es evidente que el Tribunal Constitucional, por su condición de ente guardián y supremo intérprete de la Constitución, y mediante la acción hermenéutica e integradora de ella, se encarga de declarar y establecer los contenidos de los valores, principios y normas consignados en el corpus constitucional.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional, en cuanto Poder Constituyente Constituido, se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional, la supremacía del texto constitucional y la vigencia plena e irrestricta de los derechos esenciales de la persona. De ahí que formen parte de su accionar, la defensa *in toto* de la Constitución y de los derechos humanos ante cualquier forma de abuso y arbitrariedad estatal.

Así la Constitución Política, en su artículo 142 establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces, pero esta limitación no alcanza al Tribunal Constitucional. El presupuesto de validez de dicha afirmación se sustenta en que las consabidas funciones que le han sido conferidas a dicho organismo son ejercidas dentro de los límites y alcances que la Constitución le otorga, y no a otros distintos, que puedan convertirlo en un ente que opera fuera o al margen de la misma norma que le sirve de sustento. En el fondo, no se trata de otra cosa sino de la misma teoría de los llamados poderes constituidos, que son aquellos que operan con plena autonomía dentro de sus funciones, pero sin que tal característica los convierta en entes autárquicos que desconocen o hasta contravienen lo

que la misma Carta les impone. El Consejo Nacional de la Magistratura, como cualquier órgano del Estado, tiene límites en sus funciones, pues resulta indiscutible que éstas no dejan en ningún momento de sujetarse a los lineamientos establecidos en la normal fundamental. Por consiguiente, sus resoluciones tienen validez constitucional en tanto las mismas no contravengan el conjunto de valores, principios y derechos fundamentales de la persona contenidos en la Constitución, lo que supone, *contrario sensu*, que si ellas son ejercidas de una forma tal que desvirtúan el cuadro de principios y valores materiales o los derechos fundamentales que aquella reconoce, no existe ni puede existir ninguna razón que invalide o deslegitime el control constitucional señalado a favor de este Tribunal en los artículos 201 y 202 de nuestro texto fundamental[11].

Tengo mis dudas sobre la exactitud de este último aserto. No, desde luego, de la posibilidad de efectuarse el control ni de la que él, como intérprete supremo de la Constitución, pueda efectuarlo; sino que tal control puede realizarlo, solo en la medida en que no es un órgano del Poder Judicial.

Compartiría plenamente tal pronunciamiento si es que, se entiende que la limitación del derecho en cuestión sólo debe entenderse como circunscrito a un eventual control judicial de "legalidad" –y no de "constitucionalidad"–, pues, al fin y al cabo, algún sentido debe tener el artículo 142 de la Constitución. Pero al proceder a la lectura exacta y sin equivocarnos, tal aserto no tiene nada que ver con que el control de constitucionalidad, y de compatibilidad con los tratados sobre derechos humanos, pueda ser realizado por los jueces, pues sucede que, en nuestro país, tales alcances del control son una tarea compartida entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional. En realidad, antes de compartirla en toda su plenitud, ella es ejercida por el Tribunal Constitucional solo de manera subsidiaria. Y es que si el Tribunal Constitucional es, en sede nacional, el guardián último de los derechos fundamentales, sus "guardianes naturales" y "primarios" son los jueces, de quienes la Constitución exige una especial sensibilidad en su protección y, con mayor razón, de aquellos que tienen la competencia de conocer los procesos de amparo o hábeas corpus.

[11] Exp. N° 2409-2002-AA-TC-LIMA del 07 de noviembre de 2002.

Ése es, en efecto, el criterio que parece desprenderse de la sentencia del Tribunal Constitucional al citar el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales". Y, como ha dicho la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, ese derecho al "recurso sencillo, rápido y efectivo" no es otra cosa que el amparo y el hábeas corpus. [12]

Con relación a los Derechos Humanos, cabe señalar que el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que "toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la Ley".

Asimismo, el inciso 3) del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) la autoridad competente, (...) decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y desarrollará las posibilidades del recurso judicial (...)".

Como lo ha expresado el Tribunal Constitucional, tanto el ordenamiento constitucional como el ordenamiento supranacional regional, reconocen el derecho constitucional a la protección judicial de los derechos fundamentales. Protección judicial a la que se debe promover su acceso, aun si los actos que ocasionan agravio de los derechos constitucionales son expedidos por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales, dentro del cual, naturalmente, hay que comprender a cualquier autoridad o funcionario que ejerza funciones estatales y, por tanto, al mismo Consejo Nacional de la Magistratura.

[12] Exp. N° 1380-2000-AA/TC-LIMA del 17 de enero de 2001.

VIII. OPINIÓN

El magistrado goza de un vinculo laboral *sui generis* no sujeto a subordinación de conformidad al art 146 que hàce expresa referencia a la independencia de la función jurisdiccional; realiza una labor por cuenta ajena ya que efectúa un trabajo por encargo de otro, en este caso el Estado al cumplir función jurisdiccional; asume voluntariamente –luego del proceso de selección de magistrados –el encargo de administrar justicia; finalmente si se cumple con la finalidad productiva de toda relación laboral al percibir una remuneración que le garantiza una vida digna y decorosa.

Como podemos apreciar de lo expuesto, las decisiones de ratificación, así como las de no ratificación de los magistrados evaluados, no han contado con fundamentación o motivación alguna, limitándose las resoluciones a tener como parte considerativa un recuento del procedimiento de evaluación, así como una enumeración de las normas legales relativas al mismo; y la parte resolutiva, un listado de los magistrados no ratificados. Por ende, los magistrados evaluados no han podido saber qué fue lo que motivó su cese y la consiguiente prohibición de por vida de reingresar al Poder Judicial o al Ministerio Público.

De otro lado, el CNM indica como justificación de su decisión de no dar a conocer los motivos de sus resoluciones en materia de ratificación de magistrados, el carácter discrecional de estas decisiones, asimismo, se da a entender que la discrecionalidad sería absoluta, al tratarse de votos de confianza, ya que el libre albedrío de los consejeros no tendría más límite que los que ellos mismos se autoimpongan.

En esta misma dirección puede afirmarse que el no motivar las resoluciones de no ratificación, implica un desconocimiento de la dignidad de los magistrados cesados por esta vía, al no habérseles dado siquiera la oportunidad de conocer por qué se truncaba intempestivamente su carrera, la misma que en algunos casos era el resultado de un proyecto de vida en su esfera laboral.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la no ratificación suele aparecer ante la sociedad como un signo de corrupción o incapacidad, es decir, como una especie de sanción moral, aun cuando la Constitución distinga los procesos disciplina-

rios de los de ratificación. Esto puede dificultar el restablecimiento de relaciones en ciertas esferas de la vida pública de los magistrados no ratificados, en especial de los que ven una sombra sobre su honorabilidad.

Por todos estos razonamientos, es que consideramos pertinente que en aras de salvaguardar la independencia e inamovilidad de los jueces, y que se refuerce la garantía de la permanencia en su función, aprobar la propuesta contenida en el proyecto de ley de Reforma de la Constitución que suprime la facultad para ratificar atribuida en la Constitución de 1993, al Consejo Nacional de la Magistratura, de manera que el control de la idoneidad de la función judicial o fiscal se realice a través de las investigaciones permanentes que el Congreso de la República, pueda hacer evaluando la aplicación de sanciones por inconductas funcionales.

Asimismo consideramos prudente aprobar una norma legal que permita que los magistrados no ratificados mediante resoluciones inmotivadas, puedan presentar un recurso de reconsideración, cuya respuesta sea debidamente fundamentada y motivada, en la medida de que en los procesos de ratificación concluidos a la fecha se han afectado diversos derechos fundamentales, los mismos que de no ser amparados internamente harán incurrir en responsabilidad internacional al Estado Peruano en cuanto sean conocidos por los organismos de protección internacional o interamericano de derechos humanos. Y a su vez invocar al Consejo Nacional de la Magistratura, a fin que suspenda los procesos de ratificación de magistrados hasta que se adecuen a los principios de interdicción de la arbitrariedad y cuenten con las garantías del debido proceso que les sean aplicables, en especial el derecho a la motivación de las resoluciones, conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución, incluyendo la definición de los criterios que se usarán para las respectivas evaluaciones, así como su aplicación a cada uno de los evaluados, todo ello en aras de la propia justicia y la transparencia de la función jurisdiccional y quienes conforman y administran justicia.

9. BIBLIOGRAFIA

·LANDA ARROYO, César. **Tribunal Constitucional y Estado Democrático**. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999.

·NEVES MUJICA, Javier. **Introducción al Derecho del Trabajo**. Ara Editores. Lima, 1997.

·VIDAL BERMUDEZ, Alvaro; Claudia LAPEYRE BRINGAS y Jaime ABAL ABARCA. **Manual Práctico de Derecho Individual del Trabajo**. Estudio Caballero Bustamante. Lima, 2000.·**Materiales de Enseñanza de Derecho Colectivo del Trabajo**. Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Edición. Lima, 1990.

·VASQUEZ VIALARD, Antonio. **Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1984.

Inmunidad de los Estados: ¿límite a la protección judicial de derechos en materia laboral? Examen de la jurisprudencia nacional e internacional*

*Giuliana Higuchi Matsuda***
Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú

"Salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, ningún Estado podrá invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado" ***.

Sumario:

I. De lo absoluto a lo relativo: el tema de la inmunidad. II. La práctica peruana en la jurisdicción ordinaria laboral. III. La práctica internacional: aceptación de la tesis restrictiva de la inmunidad. IV. Inmunidades y proceso constitucional de amparo: un solo caso registrado. V. Consideraciones finales: la preferenciade la protección de derechos constitucionales sobre las inmunidades y privilegios de los Estados y de otros sujetos de Derecho Internacional. VI. Conclusiones

---

* Artículo que obtuvo Mención Honrosa en el Primer Concurso Nacional Universitario de Artículos organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, en el marco de su Primer Congreso Nacional llevado a cabo en Trujillo, del 27 al 29 de octubre del 2004.

** Agradezco a mi familia por su incondicional apoyo y en especial a mis padres, porque mi profesión no sería posible sin el esfuerzo y dedicación por parte de ellos. Asimismo, quisiera agradecer a la Dra. Liliana Tsuboyama por sus comentarios que ayudaron a la culminación del presente artículo.

*** Artículo 11° parágrafo 1 del Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes que forma parte del Informe del Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: Documentos Oficiales. Quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 22 (A/57/22)

La inclusión del presente tema en el artículo XXI del Anteproyecto de la Ley General de Trabajo[1], reviste una especial importancia práctica, debido a la necesidad de encontrar compatibilidad entre las relaciones internacionales de los Estados y la garantía de los derechos del trabajador.

La corriente jurisprudencial nacional se ha mostrado a favor de la inhibición de la justicia nacional para resolver los conflictos generados entre un trabajador nacional que ha laborado en una sede diplomática, consular u organismo internacional. En consecuencia, siguiendo la tesis de la inmunidad absoluta (que desarrollaremos brevemente más adelante) abrazamos una interrogante la cual se propondrá como pregunta motivadora de la presente investigación: ¿se vulnera la protección del trabajador, en cuanto su derecho a acceder al órgano jurisdiccional? Nuestra iniciativa incide en la forma de habilitar la jurisdicción nacional para conocer los casos de trabajadores que no cumplen funciones representativas (es decir, no se encuentran sometidos a los privilegios e inmunidades reconocidos en la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas) El desconocimiento de derechos laborales, lleva a soslayar indirectamente a otros derechos, como el de la tutela jurisdiccional efectiva en su vertiente de acceso a la justicia.

Para lograr nuestro objetivo, hemos dividido el presente trabajo en cuatro partes: en primer lugar, expondremos el tema de las inmunidades y la relativización de este concepto con el paso del tiempo. En segundo lugar, haremos una descripción de la práctica peruana en la cual predomina la tesis de la inmunidad absoluta. Asimismo, recurriremos al Derecho Comparado, en el cual apreciaremos que – pese a la ausencia de codificación – la práctica internacional acoge la tesis de la inmunidad relativa, recalcando la importancia del análisis que las cortes supranacionales hacen del contenido del derecho de acceso a la justicia. Por último, contaremos con el análisis de las causales de improcedencia a la luz del recién vigente Código Procesal Constitucional y por consiguiente, desarrollaremos las consecuencias de aplicar la legislación constitucional vigente y cómo el Tribunal Constitucional deberá pronunciarse frente a estos casos, matizando este desarrollo con jurisprudencia comparada identificada.

[1] Artículo XXI.- En el caso de las relaciones laborales internacionales realizadas en las sedes diplomáticas de Estados extranjeros o de organismos internacionales acreditados en el Perú, éstas se rigen por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y los Acuerdos de Sede, respectivamente. Sin embargo, los reclamos derivados de la celebración de contratos de trabajo o la ejecución de relaciones laborales no disfrutan de exención de jurisdiccional, porque se trata de actos de gestión y no de imperio.

Con estos elementos pretendemos dejar abierta las opciones a un debate, dada la limitación del espacio para analizar ciertos temas con mayor profundidad. Consideramos que las ramas del Derecho no son compartimientos estancos, y debido a la exigua bibliografía sobre el tema en materia laboral, recurrimos a los conceptos del Derecho Internacional para lograr concordancia entre los objetivos de estas ramas: el estudio de la relación jurídica internacional no debe estar exenta de la aplicación del principio tuitivo del Derecho del Trabajo.

I. DE LO ABSOLUTO A LO RELATIVO: EL TEMA DE LA INMUNIDAD

Las inmunidades de un Estado se concibieron como una excepción a la competencia territorial, en la cual se establece que *"ningún Estado está sometido a la jurisdicción de tribunales extranjeros y que sus bienes situados en territorio extranjero no están sujetos a embargo, secuestro y ejecución"*[2].

Siguiendo al profesor francés Dupuy, estas excepciones están estrechamente relacionadas con el principio de la igualdad soberana de los Estados, el cual establece que entre sujetos iguales no puede aplicarse un derecho producido por la voluntad unilateral del otro, lo que se resume bajo el aforismo latino *"par in parem jurisdictio non habet"*[3]. Asimismo, una segunda razón se aplica en favor de los organismos internacionales que se benefician de la misma excepción; a partir de la necesidad de asegurar su independencia funcional si es que su accionar se viera limitado por el ejercicio pleno de las competencias jurisdiccionales del Estado receptor[4]. Entonces, los efectos de estas inmunidades eran absolutos.

Asimismo, la inmunidad personal que ostentaban los soberanos o jefes de Estado se origina en la cortesía por parte de éstos para extender a otros sus propias inmunidades[5]. Es así como se da origen a normas consuetudinarias sobre la materia y se da inicio a una práctica internacional que sigue vigente hasta el día de hoy.

---

[2] MARIÑO, Fernando "Derecho Internacional Público, Parte General", 3° edición, 1999, Madrid: Trotta, p.109.

[3] DUPUY, Pierre-Marie "Droit internacional Public", 4° edición, París: Dalloz, 1998, p.110.

[4] Ibidem.

[5] MARIÑO, Fernando Op. Cit, p. 103.

Sin embargo, a partir del siglo veinte, con la expansión de la economía liberal y la intervención del Estado en asuntos que concernían solamente a particulares, la práctica comenzó a dividirse; lo cual ha generado una cierta indeterminación que los intentos codificadores de los Estados – sobretodo los esfuerzos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas – pretenden minimizar. Así, se comienza a acoger la tesis de la inmunidad restringida con el fin de conseguir mayor protección para los particulares que celebraban contratos con Estados extranjeros[6].

II. LA PRÁCTICA PERUANA EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA LABORAL

Nuestra jurisprudencia parece optar por la inhibición de las causas laborales al declarar inadmisible la demanda interpuesta por el trabajador, puesto que el goce de privilegios e inmunidades permitiría la exención de jurisdicción y en consecuencia, un juzgado laboral peruano (en principio) no podría ser competente para conocer las causas. Por citar algunos ejemplos, tenemos:

Resolución del Tribunal del Trabajo del 24 de junio de 1984 (Exp. 1762-84-A/T.T) en el que se establece que "las embajadas y sus dependencias no están sujetas a la jurisdicción local, en consecuencia, no pueden ser sus bienes objeto de embargo, ni tienen obligación de asegurar a sus empleados ante el Instituto Peruano de Seguridad Social"[7].

Resolución N° 32 del 28 de febrero de 1986 (Exp. N° 522-85): Francisco Cuellar Medina contra la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) Se declara sin lugar la demanda en virtud "que la demandada por ser integrante de las Naciones Unidas, y tener la condición de Organismo Especializado, tiene los privilegios e inmunidades y facilidades en el territorio peruano..."

Resolución del Tribunal de Trabajo del 15 de abril de 1986 (Exp. 385-86/A) señala que "... el Consulado demandado goza de las prerrogativas e inmunidades de los Agentes Diplomáticos entre los que se encuentra la exención de jurisdicción; que en autos no se da renuncia expresa a la mencionada inmunidad; que

[6] PASTOR RIDRUEJO, José "Curso de Derecho Internacional Público y Organización Internacionales", 8° edición, 2001, Madrid: Tecnos, p.525.

[7] DE LA TORRE UGARTE, Carlos "Jurisprudencia del Trabajo", tomo III, 1° edición, 1987, Lima: Estudio Jorge Avendaño, Abogados, p.303

la exención de jurisdicción local, por actos ejecutados por los cónsules con carácter oficial importa la de incompetencia de las autoridades judiciales para emplazarlos directamente..."[8] Declara el recurso "inadmisible propiamente improcedente" en los seguidos por María Barcelli Cevallos contra Unión Interamericana para la Vivienda (UNIAPRAVI)

: *Exp. N° 703-91-BS* (Lima, 16 de enero de 1992): Carlos Roose Raygada contra el Convenio Hipólito Unanue, establece que la sentencia de primera instancia al admitir la demanda ha incurrido en causal de nulidad, debido a que el organismo "no puede ser objeto de ninguna medida de ejecución pues goza de prerrogativas e inmunidades..." y en consecuencia, revoca la sentencia y declara inadmisible la demanda.

: *Resolución de Sala Laboral del 10 de junio de 1992* (Exp. 0042-91-BS) el cual "... en esa condición goza de inmunidad jurisdiccional, conforme se señala en el artículo IV del referido Acuerdo y por lo tanto, le es de aplicación la Convención de Viena de 1961 que invoca el Juez para retraer su competencia..."[9]

: *Sentencia N° 310-95 del 31 de octubre de* 1995 (Exp. N° 588-94): Alberto Favale Otoya contra Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras de Desarrollo (ALIDE), se declara fundada la excepción de incompetencia y por lo tanto, inadmisible la demanda. Posteriormente, en apelación (sentencia de fecha 16 de octubre de 1996), se confirma la sentencia. En el mismo sentido se ha fallado en el caso de Lorenza Cano Vela (Exp. N° 5990-94) contra el mismo organismo.

Sin embargo, identificamos un cambio en el criterio jurisprudencial al admitir la vigencia de la teoría restrictiva de la inmunidad en favor de la protección jurisdiccional de los derechos de los trabajadores[10]:

[8] MANUAL DE JURISPRUDENCIA LABORAL, Lima: Editorial Economía y Finanzas, pp. 361

[9] Ibid p. 528.

[10] En este sentido, el Pleno Jurisdiccional Laboral de 1997 aunque no es vinculante, su importancia radica sobre la base que expresa ideas guía sobre las cuales el Juez de Trabajo no puede rechazar ad límine la demanda porque el trabajador tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva contemplada en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución de 1993. Asimismo, el mismo texto señala que la demanda puede someterse a la jurisdicción peruana previa renuncia a la inmunidad del demandado. Si bien las sentencias enumeradas fueron emitidas con anterioridad a la emisión del Pleno, creemos que es válido mencionarlo en este acápite porque esos fallos reflejan el sentido del mismo.

: *Exp. N° 5989-94:* Rosa María Arenas contra ALIDE, la sentencia de primera instancia declara fundada la excepción de incompetencia e inadmisible la demanda. En apelación, se declara nula la sentencia y ordena la emisión de un nuevo pronunciamiento; puesto que el uso de la inmunidad no entraña para el organismo el incumplimiento o violación de leyes nacionales. Apreciamos un cambio de criterio que favorece al trabajador. En el nuevo fallo, se declara improcedente la excepción de incompetencia y fundada la demanda. De igual manera se falla en el caso de Matilde Urrunaga Blanco contra el mismo organismo (Exp. N° 5987-94)

: *Exp. N° 3194-95-BS.A*[11]: Bertha Sánchez Hernández contra la Embajada de Francia. La Segunda Sala Laboral de Lima declara nula e insubsistente la resolución anterior y en consecuencia ordena que el juez admita la demanda.

Frente a este panorama, en el que subsiste una polaridad de criterios sobre la materia, debemos analizar la jurisprudencia casatoria, dado que de los objetivos de este recurso extraordinario se desprenden: la correcta aplicación e interpretación de las normas materiales del Derecho Laboral y Previsional y la ***unificación de la jurisprudencia por la Corte Suprema***[12]. En vista de ello, hemos identificado tres ejecutorias, al respecto:

: *Cas N° 7754-98 Lima*[13]: La Embajada de Bélgica interpone el recurso de casación contra Julio César Vidaurre. Se declara fundado dicho recurso y reformando la sentencia se declara improcedente. Si bien los jueces en anteriores instancias han sometido a su jurisdicción esta demanda por beneficios sociales, dicha situación puede revertirse al presentarse las excepciones a la regla como lo es la inmunidad jurisdiccional:

"***Sexto***.- Que, en tal sentido, gozando la demandada Embajada de Bélgica en el Perú en virtud del Convenio sobre Inmunidad y Privilegios suscrito por el Estado Peruano y aprobado mediante Decreto Ley número veintiún mil quinientos treinta y cinco de inmunidad judicial y administrativa, sin hacer distingos si se trate de materia civil, penal u otro, lo que significa que comprende a todas, de lo que se

[11] ACTUALIDAD LABORAL, N° 243, Lima, setiembre 1996, p. 59

[12] Artículo 54° de la Ley N° 27021, modificatoria de la Ley N° 26636. Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 23 de diciembre de 1998.

[13] Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 15 de abril de 2000.

infiere que las Embajadas por el Principio de Inmunidad, no puede ser sometido a un procedimiento distinto, más aún si, Constitucionalmente se ha determinado como garantía de la administración de justicia que nadie puede ser desviado de la jurisdicción predeterminada".

Cas N° 88-98 Lima[14]: se declara improcedente el recurso de casación interpuesto por Moisés Vásquez Caballero contra la Embajada de España en Lima debido a que no se han cumplido con los requisitos de fondo. Según la Sala, los agravios invocados no pueden ser sustentados a la luz de las normas invocadas:

"**Sexto.**- Que, en consecuencia, al no haberse cumplido con las exigencias de fondo previstas en la norma antes citada y en aplicación del último párrafo del Artículo cincuentiocho del texto vigente de la Ley número veintiséis mil seiscientos treintiséis, modificada por la Ley número veintisiete mil veintiuno: Declararon **IMPROCEDENTE** el Recurso de Casación..."

Cas N° 803-98 Lima[15]: recurso de casación interpuesto por Catalina Valencia contra el Convenio Hipólito Unanue, el cual se declara infundado dicho recurso porque se ha reconocido la inmunidad del organismo internacional en virtud de la firma del Acuerdo de Sede. Además agrega que no se vulnera el derecho al debido proceso, puesto que el Juzgado sólo procedió a inhibirse del conocimiento de un proceso:

"**Sexto.**- que, del mismo modo, lo resuelto no vulnera el derecho al debido proceso ni el inciso tercero del Artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, ya que, por el contrario, el Juzgado precisamente se ha limitado a inhibirse del conocimiento de un proceso para el cual no ostenta competencia, evitando lo que seria someter a la demandada a un proceso respecto del cual ha adquirido inmunidad".

En consecuencia, a partir de la lectura de los fallos estimamos que la jurisprudencia peruana sigue la tendencia de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución absoluta, porque los jueces peruanos reconocen que el Acuerdo Sede (en el cual está contenido el tema de la inmunidad de jurisdicción y ejecución) tiene la condi-

[14] Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de mayo de 2000.
[15] Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 11 de agosto de 2000.

ción de tratado internacional. Hasta el momento, en ninguna ejecutoria se intenta hacer un análisis más exhaustivo y sólo se fundamenta en la aplicación de un tratado internacional que – siguiendo el criterio jurisprudencial – tiene mayor jerarquía sobre normas internas peruanas. Si bien este criterio resulta ser parcialmente cierto, no valoramos un esfuerzo por interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución a la luz de otros tratados internacionales de Derechos Humanos que son vinculantes para el Perú y que además, no pueden alegarse su incumplimiento por ningún motivo.

III. LA PRÁCTICA INTERNACIONAL: ACEPTACIÓN DE LA TESIS RESTRICTIVA DE LA INMUNIDAD

Manifestamos la importancia de este tópico en la existencia de leyes internas de los Estados y de una práctica internacional que establecen excepciones especiales en materia de inmunidad, dentro de los cuales se incluye a los contratos laborales.

Como demostraremos a continuación, el Estado del foro tiene un interés capital de salvaguardar el estricto cumplimiento de las obligaciones laborales en favor estos trabajadores. Para estos efectos, sólo hemos podido identificar el material jurisprudencial que se detalla a continuación y se ajusta al tema desarrollado:

a. Argentina

En esta medida, un hito trascendental en la legislación de este país lo constituyó el caso *Juan Manauta y otros contra la Embajada de la Federación Rusa*[16], en el cual los apelantes discuten los alcances de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros y paralelamente, señalan que el fundamento de dicha inmunidad se refiere exclusivamente a la materia política que se deriva de una función netamente representativa de los Estados y no así de los actos provenientes de un fraude previsional y el desconocimiento de los Estados de sus obligaciones laborales. En el presente caso, de alegarse la inmunidad, se desprotegería al trabajador de sus derechos fundamentales. En este sentido, extraemos un pasaje importante de dicha sentencia:

[16] MANAUTA, JUAN Y OTROS CONTRA LA EMBAJADA DE LA FEDERACIÓN RUSA. Sentencia del 22 de diciembre de 1994. En: http://comunidad.derecho.org/neoforum/FallosCompletos/Manauta.htm (página revisada el 25 de agosto de 2004)

"... cabe concluir que no es de aplicación al caso la "ratio" del artículo 24, inc. 1° del dec.-ley 1285/58 por no encontrarse en tela de juicio un acto de gobierno, ya que la controversia traída a conocimiento de este tribunal se refiere al cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales (...)

Que, una interpretación opuesta de la norma aplicable conduciría en el caso, al injusto resultado de obligar al trabajador a una casi quimérica ocurrencia ante la jurisdicción del Estado extranjero o a requerir el auxilio diplomático argentino por vías letradas generalmente onerosas y extrajudiciales. Todo ello conduciría un grave peligro de su derecho humano a la jurisdicción, peligro que le derecho internacional actual tiende a prevenir y no precisamente a inducir"[17] [el subrayado es nuestro]

En consecuencia, la actuación de un Estado que se manifiesta con el desconocimiento de las normas laborales no puede ser amparado por el Derecho y menos lo deben premiar con la eventual revocación de sentencias argumentando el goce de inmunidades para el efectivo cumplimiento de las labores representativas o de función que tienen las misiones diplomáticas y los organismos internacionales.

b. Uruguay

La Suprema Corte de Justicia de este país emitió una importante sentencia[18] sobre un conflicto suscitado entre la recurrente, que se desempeñaba como secretaria en la *Embajada XXX*. La tendencia de esta Corte era inhibirse frente a las acciones sobre estos casos, pero a partir de este fallo, analiza el alcance de la inmunidad de los Estados extranjeros a partir del examen de la práctica internacional de otros Estados:

"La reclamación laboral formulada por la accionante contra la representación diplomática acreditada en nuestro país, se encontraría contemplada como una de las excepciones en la Convención mencionada [la Convención Europea sobre inmunidad de los Estados de 1972] Por lo tanto, la demandada estaría excluida de la excepción de inmunidad de jurisdicción, lo que – en principio – habilitaría la intervención de la jurisdicción nacional"[19].

[17] Ibidem

[18] Sentencia N° 247 del 18 de abril de 1997. En: Derecho Laboral, pp. 205-217,tomo XL, N° 185, Montevideo, enero - marzo 1997.

[19] Ibid p. 212

c. La Corte Europea de Derechos Humanos

En principio, la Corte no acepta la preeminencia de la inmunidad jurisdiccional sobre los derechos protegidos por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. En este caso, prima el derecho de acceso a la justicia y la tutela jurisdiccional efectiva[20]. De esta manera, Emberland determina que en los casos presentados ante esta Corte sobre las demandas de los recurrentes ante las cortes del Estado del foro contra Estados extranjeros fueron rechazadas en virtud de la aplicación de la inmunidad de jurisdicción y en consecuencia se ha negado su derecho de acceso a los tribunales, estipulado en el artículo 6° parágrafo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos[21].

Pero la protección de determinados derechos o privilegios no implica un reconocimiento absoluto de éstos sino por el contrario, debe realizarse una interpretación restrictiva, ya que de hacer efectivo lo primero, se estarían vaciando de contenido y no servirían para la función que inicialmente fueron encomendados.

Al respecto, la Corte en los casos que involucraba a The European Space Agency[22] ha señalado que la inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales – en nuestra opinión, válidamente aplicable también para los Esta-

[20] Artículo 6°.- Derecho a un proceso equitativo

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

[21] Cfr. EMBERLAND, Marius "International Decisions" pp.700-701.En: The American Journal of International Law, volumen 96, N° 3, julio 2002, Washington D.C: American Society of International Law. Los tres casos son los siguientes: McElhinney contra Irlanda (App. N° 31253/96), Al-Adsani contra el Reino Unido (App. N° 35763/97) y Fogarty contra el Reino Unido (App. N° 37112/97)

[22] La Corte ha dirimido sobre los casos de cuatro trabajadores que laboraron para este organismo: Waite and Kennedy contra Alemania (App. N° 26083/94) además de Beer y Regan contra Alemania (App. N° 28934/95) En: WORLD LEGAL INFORMATION INSTITUTE http://www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/1999/13.html y http://www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/1999/6.html respectivamente (páginas revisadas el 22 de setiembre de 2004)

dos representados por sus misiones diplomáticas y consulares – se fundamenta en propósitos que garanticen la función, relacionados con el alcance de determinados objetivos y por ello, la limitación del derecho de acceso a los tribunales no debe ser tan desproporcionada, dado que esta prerrogativa proviene de la discreción que cuentan los Estados contratantes en este campo. En cuanto al papel de la Corte, ésta debe examinar si las limitaciones impuestas exceden o no el margen impuesto[23]. Los criterios que utiliza este colegiado se pueden definir como los siguientes:

i. Legitimidad: relacionado con el aseguramiento del propio funcionamiento de las organizaciones internacionales y de las sedes diplomáticas o consulares, liberando de cualquier interferencia unilateral ejercida por terceros Estados u otros sujetos de Derecho Internacional.

ii. Proporcionalidad: punto crucial del análisis. La Corte señala la necesidad de considerar las circunstancias particulares del caso. La Convención intenta garantizar derechos prácticos y efectivos mas no ilusorios ni teóricos dentro de una sociedad democrática[24].

Entonces, la proporcionalidad está relacionada con la existencia de alternativas razonables que protejan los derechos de los trabajadores. Es por ello que el análisis del caso en particular resulta esencial, ya que la Corte determinó que dentro de esta entidad existía una instancia de apelaciones que tenía competencia para atender conflictos que se originen entre sus miembros.

En este sentido, la Corte realiza un análisis de la legitimidad y proporcionalidad de la medida (sobretodo, en referencia a esta última) y si aprecia que no existen salidas alternativas para el recurrente – el trabajador – sí se estaría vulnerando el derecho de acceso a la justicia y en consecuencia, a una tutela judicial efectiva.

d. España

En igual medida, este país ha mostrado un gran avance al establecer la inmunidad de jurisdicción relativa en sus decisiones. Sobre este punto, sólo hemos encontrado jurisprudencia constitucional al respecto, pero su importancia radica

[23] Ver decisiones, nota supra 22, parágrafo 59 y parágrafo 49 respectivamente.

[24] Ver decisiones, nota supra 22, parágrafo 54 y parágrafo 57 respectivamente.

en la medida que dichas sentencias también aluden a la inmunidad de ejecución. Creemos que la inmunidad de jurisdicción y de ejecución son las caras de una misma moneda. Desde el punto de vista del trabajador, nuestra investigación contribuirá a la efectividad del derecho constitucional reclamado (denegación de justicia) y que configura además, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (como fue concebido por la doctrina española) Siguiendo con este razonamiento y a la luz de los casos mencionados en párrafos anteriores, los derechos que el trabajador reclama en el fuero ordinario laboral tienen un componente social, porque es el producto de sus años de trabajo (ha puesto a disposición su mano de obra) y a la vez sirve de sustento para su familia en la mayoría de los casos. Así como quiere hacer efectivo algún derecho laboral vulnerado, intenta acceder a la justicia para obtener una sentencia favorable; sin embargo, se le niega de antemano la oportunidad de probar lo que alega.

Así tenemos que en el proceso de amparo promovido por Diana Abbott contra la República de Sudáfrica, el Tribunal Constitucional español señaló lo siguiente:

"La compatibilidad del régimen de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros con el derecho a la tutela judicial efectiva en su faceta de derecho a la ejecución deriva de que debe reputarse legítimo desde el punto de vista constitucional que el Legislador, con un fundamento objetivo y razonable, impida que la potestad de ejecución forzosa pueda dirigirse sobre determinados bienes"[25].

La controversia en el presente caso, gira en torno a que la Sala de lo Social del Tribunal superior de Justicia de Madrid, al admitir la inmunidad de ejecución de la demandada[26], ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a la ejecución de resoluciones. Los bienes trabados, no estuvieron destinados al ejercicio de derechos de soberanía[27].

---

[25]BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Sentencia N° 107/1992 del 1 de julio de 1992. En: http://www.boe.es/g/es/iberlex/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1992-0107 (página revisada el 26 de agosto de 2004)

[26] Por citar otro ejemplo, el 29 de marzo del 2004 mediante la sentencia N° 9990 un tribunal italiano dispuso el embargo de las cuentas del Consulado del Perú en Roma por incumplir una orden judicial para indemnizar a un grupo de trabajadores de nacionalidad italiana cesados en el año 2002. En: Perú 21, domingo 10 de octubre del 2004, p. 4.

[27] El embargo se realizó sobre cuentas bancarias que tenía la República de Sudáfrica y que estaban.../

Además, haciendo un recorrido y enumerando la práctica de otros Estados, el Tribunal – al igual que la Corte Europea – utiliza un criterio restrictivo acerca de la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones. Así, expresa lo siguiente:

"La ejecución de Sentencias es, por tanto, parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula de Estado social y democrático de Derecho, que implica, entre otras manifestaciones, la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos jurisdiccionales, no sólo juzgando, sino también haciendo ejecutar lo juzgado..."[28]

Para finalizar, el Tribunal determina que en el caso en concreto:

"Corresponde en cada caso al Juez ejecutor determinar conforme a nuestro ordenamiento, de entre los bienes de los que sea titular específicamente al Estado extranjero en nuestro territorio, cuáles están inequívocamente destinados al desenvolvimiento de actividades económicas en las que dicho Estado, sin hacer uso de su potestad de imperio actúa de la misma manera que un particular"[29].

De igual manera, en el proceso de amparo promovido por Maite González contra el Consulado General de Francia en Bilbao[30], el Tribunal hace referencia a los límites del acceso a la ejecución de sentencias. En el presente caso, se desestima la demanda porque la declaración de inmunidad de ejecución sobre determinados bienes, no impide que se puedan ejecutar sobre otros bienes o derechos no protegidos por la ley internacional. Si bien, el razonamiento utilizado es parcialmente correcto, no concordamos con él en la medida que no se han señalado las vías alternativas para declarar la eficacia de ese derecho. Es correcto y totalmen-

/...destinadas para labores administrativas del Estado en España. Si bien, la defensa señala que el destino de esas cuentas para labores administrativas implica el ejercicio de derechos de soberanía por parte de Sudáfrica porque así se garantizaba el funcionamiento de sus sedes representativas. También se ha alegado durante el proceso, que el monto materia de la controversia, no suponía una inminente amenaza que perturbe la función representativa de dicho Estado y en consecuencia, no se ha podido demostrar la inmunidad de ejecución sobre las cuentas bancarias.

[28] Sentencia, nota supra 25.

[29] Ibidem

[30] BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Sentencia N° 176/2001 del 17 de setiembre del 2001. En: http://www.boe.es/g/es/iberlex/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2001-0176 (página revisada el 18 de setiembre del 2004)

te válido que determinados bienes de la sede consular gocen de la inmunidad de ejecución para garantizar las labores de ésta tal como lo estipula la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas. Pero creemos también que de alguna forma, dicha sede cuenta con bienes que se pueden utilizar como un particular más (que no importen actos de soberanía) y es ahí en donde la sentencia ha debido hacer hincapié, no obstante, no lo ha hecho.

IV. INMUNIDADES Y PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO: UN SOLO CASO REGISTRADO

Sobre este punto, la búsqueda ha sido infructuosa, pero no imposible. Individualizamos un caso que fue presentado ante el extinto Tribunal de Garantías Constitucionales[31], se trata de Simón Galarza Cano contra Embassy Group Purchases. En este sentido, se declara infundada la demanda porque esta institución es *"un servicio organizado por la Embajada Americana en beneficio del personal de la Misión dirigido y representado por funcionarios de su personal administrativo, con fondos provistos de la Embajada"*[32]. En otras palabras, el mencionado organismo al gozar de inmunidad jurisdiccional y sin existir de por medio renuncia expresa de dicho organismo[33], el proceso no puede continuar. Con lo cual el tribunal sigue en la misma línea del criterio jurisprudencial de la vía ordinaria laboral y no hace un esfuerzo por interpretar y analizar el acto lesivo, los derechos conculcados y otras circunstancias que rodean al caso. Sólo se verifica la aplicación de un tratado que privilegia dichas inmunidades y por lo tanto, el Tribunal considera que no se ha vulnerado derecho alguno y declara infundada la demanda.

En suma, la jurisprudencia constitucional nos es contraria para apoyar con elementos jurídicos contundentes la posición del trabajador que laboró para una embajada, consulado u organismo internacional al cual no se le aplican las inmunidades contempladas en la Convención de Viena de 1961. Si bien la desigualdad es característica propia del Derecho del Trabajo, en nuestro supuesto de análisis,

[31] Se trata del expediente N° 026-86-A/TG, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 12 de julio de 1986.

[32] Ver nota supra 31, "Consideraciones del Tribunal": parágrafo tercero, segundo bloque.

[33] Se trata de un requisito previo por parte del organismo demandado o misión diplomática para que se someta a la jurisdicción peruana y de esta manera, el trabajador pueda hacer valer efectivamente su derecho.

esta desigualdad es aún mayor y la aplicación de las inmunidades aumenta la indefensión del trabajador para demostrar la conculcación de derechos constitucionales por parte de la sede diplomática, consular u organismo internacional.

a. Cuestiones procesales a tener en cuenta: las causales de improcedencia en el Código Procesal Constitucional

En el transcurso de nuestra investigación, tomamos en consideración que – adicionalmente a nuestra hipótesis de trabajo – subyace un tema de igual relevancia de estudio. Se trata de las consecuencias de implantar la residualidad en el nuevo Código Procesal Constitucional[34] (en adelante, CPC); esto a la luz de analizar las causales de improcedencia estipuladas en el artículo 5° del mencionado cuerpo legal (hacemos hincapié sólo en el segundo y tercer incisos)

Hemos enunciado la práctica nacional contrapuesta a la internacional y llegamos a la conclusión que la alegación de derechos laborales frente a una misión diplomática, consular u organismo internacional ante los tribunales será una odisea si es que los jueces no cambian su criterio de interpretación de las normas. Lo mismo sucederá en la jurisdicción constitucional. Para ello, debemos tener en cuenta lo siguiente:

a.1. Las vías procedimentales específicas (art. 5° inciso 2 del CPC)

En palabras de Castillo, los elementos a considerar para determinar cuándo una *vía* específica es *igualmente* satisfactoria, serán los siguientes:

"... exige que el proceso judicial ordinario sea un proceso especializado, idóneo para alcanzar la salvación del derecho constitucional afectado y sumarísimo en su desenvolvimiento (...) En la determinación de lo *suficientemente satisfactorio* juega un papel importante la sumariedad o no del proceso previsto en la vía judicial ordinaria, especial o general"[35].

[34] Ley N° 28237, que de conformidad con su Segunda Disposición Transitoria y Derogatoria entró en vigencia el 01 de diciembre del 2004.

[35] Cfr. CASTILLO, Luis "Comentarios al Código Procesal Constitucional", 2004, Lima: Ara Editores - Universidad de Piura, p. 182-183.

En consecuencia:

- Debe tratarse de un proceso judicial ordinario especializado y la jurisprudencia se encargará de definir qué procesos entrarían en esta definición.
- La idoneidad se mide en relación con la celeridad del proceso.

Bajo esta premisa, el proceso ordinario laboral encajaría perfectamente en la definición de *vía específica satisfactoria*. Sin embargo, cuando analizamos si es igualmente satisfactoria, aquí nos encontramos con ciertos obstáculos que dificultan la tutela de los derechos laborales de los trabajadores de embajadas, sedes consulares u organismos internacionales. En teoría, sostenemos que el inciso 2) del artículo 5° del CPC obliga al afectado a recurrir solamente a la vía judicial ordinaria.

Por consiguiente, se convertiría al amparo en un proceso inaccesible para los perjudicados, debido a que la vía paralela nunca será igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.

a.2. ¿Alternatividad limitada o residualidad? (artículo 5° inciso 3 del CPC)

Siguiendo a Castillo, se mantiene vigente el principio de alternatividad en el CPC pero de una manera limitada. Este límite se manifiesta en el hecho que el afectado cuando encuentre vulnerado su derecho deberá verificar si existen procesos judiciales específicos igualmente satisfactorios. En la realidad, se encontrará que no hay dicho proceso. Por el contrario, se encontrará con uno más largo y tedioso. En palabras del mismo autor, la alternatividad radica en que el afectado tiene esa opción de escoger, pero al no existir la vía igualmente satisfactoria, el perjudicado en su derecho tendrá que recurrir a la vía ordinaria, la cual es menos eficaz. En resumen, existen alternativas, que sean eficaces, eso es otro tema a discutir[36].

[36] CASTILLO, Luis Op.Cit p. 192

Desde este punto de vista, no concordamos que el CPC adopte el principio de alternatividad, sino más bien el de residualidad, si se interpreta este inciso conjuntamente con el inciso 2) del artículo 5°. La persona vulnerada no ejerce su derecho de opción. Lo que sucede es que *no le queda otra cosa más que ir por la vía ordinaria* (interpretación a contrario sensu) Por citar un ejemplo, el chofer que trabajó para una embajada y al término de su relación laboral no se le liquidaron sus beneficios sociales, ha pasado por la primera instancia, si tuvo suerte pasó a la segunda instancia en el fuero laboral y extraordinariamente llegó a casación. Agotó la vía ordinaria y decide interponer su demanda de amparo, de inmediato se declarará improcedente su demanda, puesto que el amparo se ha configurado como un mecanismo excepcional para la protección de derechos constitucionales.

En consecuencia, el trabajador que demandó a una embajada, misión consular u organismo internacional enfrenta el siguiente panorama:

1. Sólo tendrá que recurrir a la vía ordinaria laboral para hacer efectivos sus derechos laborales.
2. De haber recurrido a la vía paralela y consecuentemente las sentencias han sido desfavorables hasta la última instancia y eventualmente en casación - en virtud de los dos artículos antes mencionados - no podrá interponer su demanda de amparo, debido a que es estrictamente excepcional, con lo cual se intenta frenar su desvirtuación.

b. Procedencia contra resoluciones judiciales firmes (artículo 4° del CPC)

Por el tema de los derechos de carácter laboral que alegan los trabajadores de sedes diplomáticas, consulares o de organismos internacionales, sería muy difícil interponer una demanda de amparo y obtener un resultado favorable para ellos. Descartando esta opción y señalando que el amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes que se han dictado con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, las posibilidades aumentan; sobretodo con la cuestión del acceso a la justicia y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (que se hará referencia más adelante) así lo demuestran. Citando a Abad, tenemos lo siguiente:

"Por ello, pensamos que el amparo frente a resoluciones judiciales debe ser viable cuando no haya existido un debido proceso o se haya impedido a la persona el acceso a la justicia. Y es que si, por ejemplo, **una resolución judicial me niega arbitrariamente el acceso al órgano jurisdiccional, ¿a dónde recurrir para defender mis derechos?** Por ello, consideramos que cuando la resolución judicial no emane de un debido proceso o cuando se afecte la tutela jurisdiccional efectiva debe proceder el amparo"[37] [el subrayado es nuestro]

De esta manera, en la sentencia recaída en el Expediente N° 265-2000-AA/TC del 05 de enero del 2001, se rechaza de plano una demanda cuando ello no corresponde manifiestamente, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho de acción[38].

Asimismo, el tribunal establece que un procedimiento irregular (aquel desarrollado en manifiesto agravio a la tutela jurisdiccional efectiva) sería aquel, entre otros elementos, *"se vulnera el derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional (...) La irregularidad necesariamente tiene que ser de naturaleza procesal; no comporta un cuestionamiento del fondo del asunto"*[39].

Por lo anteriormente expuesto, se demuestra que el Tribunal Constitucional ha admitido procesos de amparo contra resoluciones judiciales siempre y cuando no se hayan previsto las garantías necesarias para obtener una sentencia de acuerdo a derecho e irrazonablemente se rechace la demanda. Además, no constituye una afectación al principio de la cosa juzgada *porque "(...) no puede existir cuando el proceso no ha sido constitucionalmente válido..."*[40].

c. La interpretación de los derechos constitucionales a la luz de los tratados y tribunales internacionales sobre derechos humanos: la casuística de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El artículo V del Título Preliminar del CPC dispone que el contenido y los alcances de los derechos constitucionales deben interpretarse conforme a los tra-

[37] ABAD, Samuel "El Proceso Constitucional de Amparo", 2004, Lima: Gaceta Jurídica, p. 301

[38] Quinto párrafo de los fundamentos de la sentencia.

[39] Sentencia recaída en el Exp. N.° 3283-2003-AA/TC de fecha 15 de junio del 2004 en los seguidos por Taj Mahal Discoteque contra la Municipalidad Provincial de Huancayo.

[40] ABAD, Samuel Op. Cit, p. 313.

tados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según los tratados en los cuales el Perú es parte.

Por ello, resulta importante referirnos a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre esta materia.

En el caso Genie Lacayo contra la República de Nicaragua, en la sentencia de fecha 29 de enero de 1997, sobre el derecho de acceso a la justicia señala que:

"El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado "debido proceso legal" o "derecho de defensa procesal", que consisten en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera"[41] [el subrayado es nuestro]

Asimismo, en el caso Cantos contra Argentina en relación al inciso 1) del artículo 8° de la Convención:

"Esta disposición de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención"[42].

Por estos fundamentos, la Corte Interamericana tiene una similar opinión con lo resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos sobre las trabas innece-

[41] Fundamento 74. Para estos efectos, "debido proceso legal" o "derecho de defensa procesal" debe entenderse como tutela jurisdiccional efectiva.

[42] Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 28 de noviembre del 2002. Fundamento 50.

sarias con las que se encuentran las personas para acudir a un órgano jurisdiccional. Por ello, los tribunales peruanos deberían analizar la razonabilidad y la justificación de la inmunidad de jurisdicción y ejecución en concordancia con los tratados de Derechos Humanos ratificados por el país[43].

d. El precedente jurisprudencial en el proceso de amparo

De acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del CPC, el Tribunal deberá indicarlo en forma expresa y precisa en la sentencia. Este criterio le permite sistematizar su jurisprudencia y ofrecer una óptima identificación y utilización por los operadores del Derecho[44]. Asimismo, tampoco se considera que los criterios establecidos se congelen en el tiempo, sino que el precedente *"puede ser cambiado por el propio Tribunal a fin de adaptar sus decisiones a las nuevas circunstancias, siempre que ello sea debidamente fundamentado. Una norma de esta naturaleza apunta a que el Tribunal se consolide como verdadero creador del derecho en el país"*[45].

Consideraciones finales: la preferencia de la protección de derechos constitucionales sobre las inmunidades y privilegios de los Estados y de otros sujetos de Derecho Internacional.

De acuerdo con los caso plasmados líneas arriba, consideramos que la inmunidad de jurisdicción está íntimamente relacionada con la inmunidad de ejecución. Existen actividades que no se encuentran dentro del dominio del poder estatal y la representatividad, como es el caso de las contrataciones de personal administrativo y de servicio, como es el caso de un jardinero, chofer o una secretaria, por citar

---

[43] Como hemos explicado en párrafos anteriores, no existe un razonamiento más exhaustivo por parte de los jueces acerca de su decisión sin ir más allá de aplicar una norma internacional o alegar inmunidades estatales. Así, el Tribunal Constitucional en el expediente N° 010-2001-AI/TC señala sobre el derecho de acceso a la justicia lo siguiente: *"Los requisitos procesales o las condiciones legales que se puedan establecer a fin de ejercerse el derecho de acción, constituyen, prima facie, límites al derecho de acceso a la justicia. Para que éstos sean válidos, como se ha adelantado, es preciso que respeten su contenido esencial. Evidentemente, no están compredidos en los límites justificados por el ordenamiento, aquellos requisitos procesales que, so pretexto de limitar el derecho de acceso a la justicia, introduzcan vías y mecanismos que impidan, obstaculicen o disuadan, irrazonable y desproporcionadamente, el acceso al órgano judicial"* [el subrayado es nuestro]

[44] ABAD, Samuel Op. Cit., p. 552.

[45] Ibid, p. 554.

algunos ejemplos. Igualmente, para el eficaz funcionamiento de las sedes diplomáticas, consulares y organizaciones internacionales deben existir bienes destinados para su gestión. Parte de la doctrina mantiene la posición de la inmunidad de ejecución de los bienes, debido a que se estaría garantizando las funciones representativas de las misiones y organismos internacionales. Aunque esta premisa es parcialmente válida, creemos que los conceptos no deben analizarse de manera extensiva, sino estudiarlos caso por caso, ya que se podría configurar el ejercicio irregular de un derecho y evidencie de esta manera la desigualdad y desprotección que sufre un trabajador para reclamar sus derechos ante los tribunales.

La institución de la inmunidad se creó con la finalidad de evitar la intervención de terceros Estados y garantizar las cordiales relaciones entre éstos. Pero su desnaturalización y a lo que se ha llegado con su invocación es al desconocimiento de derechos fundamentales (derechos laborales e indirectamente al derecho de tutela jurisdiccional efectiva en su vertiente de acceso a la justicia) Hemos aludido también a las medidas alternativas, entre éstas consideramos que las cuentas bancarias que utilice una misión diplomática, consular o una organización internacional, destinadas a actividades comerciales, deberían declararse la exención de la inmunidad de ejecución. Consideramos que los montos demandados no afectarían las funciones de tales sedes; por el contrario, el desconocimiento de las obligaciones laborales sí afectarían directamente a los trabajadores que en el supuesto de obtener una sentencia favorable, ésta no podrá ejecutarse si no existen los medios para efectivizar el derecho.

En relación con este punto, concordamos con lo expresado por Canessa:

La centralidad de la protección de los derechos humanos laborales pone el peso en las ***necesidades de los trabajadores***. La centralidad de la protección de los derechos humanos laborales proviene de la condición de trabajador. Aquí, la relación laboral sólo cumple la función de identificar al titular de los derechos, función que sin duda es importante, pero que pierde importancia luego de su identificación"[46] (el subrayado es nuestro)

[46] CANESSA, Miguel "Los derechos laborales: un ensayo de fundamentación" p. 21. En: Asesoría Laboral, año XI, N° 132, diciembre 2001, Lima: Estudio Caballero-Bustamante.

En los casos expuestos para el análisis de las inmunidades de los Estados, debemos poner en relieve la protección de los derechos humanos laborales, dado que en las resoluciones el trabajador afectado se busca la necesidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales para hacer efectivo su derecho que ha sido soslayado por las misiones diplomáticas, consulares o los organismos internacionales, en virtud de las inmunidades que éstos ostentan y que no en todos los casos es razonable o justificable, luego de realizar un análisis minucioso de las instituciones del Derecho Internacional sobre la materia. Siguiendo a este mismo autor:

"Un balance sobre la justiciabilidad de los derechos sociales nos lleva admitir que tienen dificultades para su cumplimiento, pero que hay evidencias claras en el ordenamiento internacional que este proceso se viene revirtiendo a favor de su cabal ejercicio. Su inclusión completa en los mecanismos de control existentes es una tarea pendiente para la protección de los derechos humanos"[47].

Sostenemos que la vulneración de derechos fundamentales no puede ser escondida detrás de la inmunidad de jurisdicción ni de ejecución. Menos que la tutela al trabajador se condicione a la renuncia de tales privilegios por la misión diplomática, consular u organismo internacional. En buena cuenta, la inobservancia de las normas sobre derechos humanos por parte de un Estado puede acarrear la responsabilidad internacional del mismo y a la imposición de sanciones por dicho incumplimiento.

VI. CONCLUSIONES

El artículo XXI del Título Preliminar del Anteproyecto de la Ley General del Trabajo responde a las nuevas tendencias del Derecho Internacional y la necesidad del trabajador de una misión diplomática, consular u organismo internacional para hacer efectivos sus derechos. En una ley interna peruana se estaría plasmando las excepciones a la inmunidad estatal que felizmente y en beneficio del trabajador han sido tomadas en cuenta por otros países.

Si bien la intención del legislador es buena, creemos que el segundo párrafo de la norma se puede prestar a un error de interpretación al incluir en un mismo

[47] CANESSA, Miguel "Retos actuales de la protección de los Derechos Humanos" p.11. En: Asesoría Laboral, año XI, N° 128, agosto 2001, Lima: Estudio Caballero-Bustamante.

parámetro a los funcionarios contratados en virtud de las prerrogativas de inmunidad, que además tienen poder de representación y a trabajadores que sólo cumplen una labor complementaria (administrativa, limpieza, entre otros) para el eficaz funcionamiento de las sedes. En este sentido, se debe tener en consideración la designación, el nombramiento o el despido de un empleado: la naturaleza del acto cuestionado. Puede tratarse de una decisión soberana a la cual se aplica perfectamente la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961; pero también puede ser objeto de una investigación por parte del Estado del foro y en consecuencia, estas relaciones estarán exentas de la inmunidad.

No obstante en nuestro país hay decisiones que se ajustan a la nueva corriente internacional, creemos que éstas no analizan con suficiencia los conceptos que son materia de discusión. El que no exista un intento de codificación, tanto interno como externo, no significa que conste una práctica generalizada en concordancia con los nuevos tiempos y el ritmo acelerado que ha tomado la economía. Por esta razón, las tendencias deben ser cambiadas, si consideráramos instituciones que en su momento tuvieron su razón de ser y hasta ahora son necesarias, pero los privilegios que contemplan deben ser analizados a la luz de las nuevas prácticas.

El Derecho no es una ciencia estática, sino dinámica que debe ir adecuándose con los nuevos tiempos. Este es el reto de las inmunidades de los Estados: son necesarias para el cumplimiento de funciones políticas, pero éstas no pueden vulnerar la efectividad de los derechos que se reclaman ante los órganos jurisdiccionales. Al trabajador no se le da la oportunidad de debatir la controversia, sino de plano se la rechaza si es que no media renuncia de la inmunidad. Claro, como han señalado otras cortes, el análisis debe partir de la legitimidad de la decisión y la proporcionalidad de la misma. Ese es el reto de la jurisdicción nacional sobre la materia.

La responsabilidad social empresarial en el ámbito laboral

Laura Raquel Morillo Santa Cruz[1]

[1] Egresada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente Adjunta en los cursos Derecho Laboral General y Derecho Laboral Especial dictados en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

"Pasaron los tiempos lejanos en que era posible hacer política social y laboral despreocupándose de la economía, pero también quedaron atrás tiempos más cercanos en que se hizo política económica prescindiendo de sus efectos sociales y laborales." Víctor E. Tokman[2].

Sumario

Introducción. I. La Responsabilidad Social Empresarial. 1.1 Definición. 1.2 Características. 1.3 Manifestaciones de la Responsabilidad Social Empresarial. II. La Responsabilidad Social Empresarial en el ámbito laboral. III. La Responsabilidad Social Empresarial en materia laboral en el Perú. 3.1 Situación actual. 3.2 Avances. 3.3 Retos.

INTRODUCCIÓN

En el siglo XX, la Globalización ocasionó grandes cambios en el mercado y en las concepciones que se tenían de éste, llegando a convertirse en la institución reguladora de las conductas de todos los agentes del mercado. Tomando en cuenta sólo el factor económico, se produjo una reasignación de roles, los Estados fueron relegados a una actuación meramente subsidiaria, las organizaciones empresariales obtuvieron mayor libertad de actuación, y los ciudadanos adquirieron mayor responsabilidad y asumieron en mayor grado el riesgo de las decisiones de consumo que tomaban.

[2] Palabras del discurso de aceptación del Doctorado Honoris Causa de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pronunciado el 28 de mayo de 2001.En: Análisis Laboral Junio 2001, p.17.

La libertad de actuación de las organizaciones empresariales produjo resultados distantes de cualquier anhelo de desarrollo sostenible[3]. Ante ello, no se hicieron esperar los pronunciamientos de la comunidad internacional sobre la necesidad del mercado de armonizar el factor económico con el social. La responsabilidad social empresarial (en adelante la RSE) surge justamente como una respuesta por parte de las organizaciones empresariales a este nuevo requerimiento del mercado.

En el presente trabajo realizamos algunas reflexiones sobre este término con la finalidad de resaltar las oportunidades que presenta en el ámbito laboral. Por ello, el presente trabajo se ha dividido en tres partes: primero, nos referiremos a la RSE en sentido amplio; segundo, analizaremos la RSE en el ámbito laboral; y finalmente, haremos algunas reflexiones sobre los retos que plantea la RSE en materia laboral en el Perú.

I. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

1.1 Definición

El estudio de la RSE nos obliga a indagar sobre el significado de los términos que la componen. De un lado, el término Responsabilidad Social refiere a una evaluación y asunción de las repercusiones que nuestras decisiones y actuaciones pueden producir en el entorno. En ese sentido, la responsabilidad social incluye a todas aquellas personas o entidades, tanto a nivel macro (Estados, organizaciones internacionales, organizaciones empresariales multinacionales, etc.) como a nivel micro (ciudadanos). De ahí que la añadidura del término Empresarial identifique tan sólo a un sector del universo de implicados: las organizaciones empresariales.

Algunos definen la RSE como "la actitud de una empresa dispuesta a asumir de manera voluntaria y proactiva las obligaciones que contrae con los diferentes sectores sociales involucrados con su actividad, armonizando sus fines particulares con los fines de la colectividad".[4]

[3] El desarrollo sostenible puede ser definido como el desarrollo que satisface las necesidades actuales de las personas sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las suyas. Véase: SCHWALB, María Matilde y Oscar, MALCA, Responsabilidad social: fundamentos para la competitividad empresarial y el desarrollo sostenible. Primera Edición. Lima: Universidad del Pacífico. p.19.

[4] SULMONT, Denis. "La responsabilidad social empresarial en el Perú", En: SULMONT, Denis y Enrique VÁSQUEZ. "Modernización empresarial en el Perú, Lima: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, 2000, p.125.

Al respecto, debemos efectuar algunas observaciones. En primer lugar, somos de la opinión que la RSE puede ser voluntariedad u obligatoria, más adelante revisaremos con mayor detenimiento este tema. En segundo lugar, consideramos necesario agregar que se trata de normas de conducta empresarial de carácter ético que tienen como primer parámetro el cumplimiento del ordenamiento jurídico, y que se caracteriza por la ejecución de acciones socialmente responsables como si se tratara de una actividad más de la empresa.

Con respecto al carácter ético, debemos resaltar que la noción de RSE surge en un contexto en el cual debido a las exigencias de los consumidores, las organizaciones empresariales han tomado conocimiento que no basta el cumplimiento de las normas jurídicas, sino que además, deben cumplir con una serie de conductas o comportamientos de contenido ético para legitimar su accionar. En el siguiente acápite analizaremos con mayor detenimiento este tema.

Por otra parte, si tomamos en consideración la ejecución de acciones socialmente responsables como si se tratara de una actividad más de la empresa, podremos distinguir la RSE de las acciones filantrópicas y las inversiones sociales. Al respecto, Baltazar Caravedo señala que:

La acción filantrópica puede darse en el marco de una estrategia de responsabilidad social, pero no es la acción de donar lo que caracteriza a ésta. La caridad no hace más responsable a una empresa. De otro lado, invertir exclusivamente en una comunidad sin efectuar la conexión con la parte interna de la empresa o efectuar una inversión para simplemente ganar imagen pueden darse en el marco de políticas socialmente responsables, pero en sí solas no aseguran una actuación plenamente responsable.[5]

Por su parte, Felipe Portocarrero[6] señala que la RSE se distingue de las acciones filantrópicas e inversiones sociales porque considera los beneficios para sus trabajadores y sus respectivas familias (ámbito interno); incluye en su fuente de recursos no sólo las utilidades y fondos presupuestales, sino además, los equipos y recursos humanos de la propia empresa; persigue una mejora en la productividad

[5] CARAVEDO, Baltazar. "Responsabilidad Social: el nuevo orden empresarial que asegura la competitividad". Calidad y Excelencia. Edición Internacional. Lima, Año 5, 1998, N° 21. p. 11.

[6] PORTOCARRERO, Felipe, Proyección Empresarial, Business Week, Negocios en el Perú, Lima, Año VII, diciembre, 2000, N° 75, p. 42.

de los trabajadores; localiza el impacto no sólo en el ámbito externo de la empresa, sino también en su ámbito interno; toma en consideración las acciones socialmente responsables como actividad de la empresa y, por tanto como fuente de utilidades; mide los efectos del impacto mediante balances sociales y métodos de mercadotecnia social; e incluye la participación de los socios. A continuación adjuntamos el cuadro comparativo elaborado por el referido autor:

	Filantropía	Inversión Social	Responsabilidad Social
Motivación	Exclusivamente altruista	Principalmente, obtención de beneficios para la empresa a través de beneficios a la comunidad	Principalmente, obtención de beneficios para sus trabajadores, sus familias y la comunidad en la que asienta.
Fuentes de recursos	Exclusivamente utilidades	Principalmente, fondos del presupuesto de la empresa	Utilidades, fondos presupuestales, equipos y recursos humanos de la empresa.
Impacto deseado	Mejorar la calidad de vida de la sociedad	Mejora de vida en la comunidad situada dentro de la esfera de influencia de la empresa	Mejora la calidad de vida de la sociedad, de la comunidad de influencia de la empresa y de la productividad de los trabajadores.
Localización del impacto	Entorno externo de la empresa	Entorno externo de la empresa	Entornos externo e interno de la empresa.
Beneficios esperados por la empresa	Satisfacción personal	Mejoramiento de la imagen y reputación de la empresa	Incremento de la reputación, la imagen y las utilidades de la empresa.
Instrumentos de medición de los efectos del impacto	Reportes de actividades de la institución ejecutora	Evaluaciones de proceso no periódicas. Eventualmente, evaluaciones de impacto	Balance social o similares. Evaluaciones de impacto. Métodos mercadotecnia social.
Modalidad de intervención	A través de terceros. Fundaciones propias	Directamente. Fundaciones propias. A través de terceros.	Fundaciones propias. Directamente a través de terceros.
Instancias que participan en la toma de decisiones	Directorio	Directorio. Gerencia general. Comités especiales.	Presidente del directorio. Directorio Gerencia general. Comités especiales. Socios.

Fuente: Empresas, fundaciones y medios: la responsabilidad social en el Perú, de Felipe Portocarrero, Cynthia Sanborn, Sergio Llusera y Viviana Quea. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.[7]

En resumen, la RSE implica esencialmente el reconocimiento por parte de las organizaciones empresariales de una función con doble matiz: de un lado, un plan que permita la producción eficiente de bienes y servicios y; de otro lado, una actuación ética integral que fomente el desarrollo de su ámbito interno (relaciones de la empresa con sus integrantes) y externo (relaciones de la empresa con su entorno). La RSE tiene como primer parámetro el cumplimiento de las normas jurídicas, y refiere a la ejecución de una serie de acciones socialmente responsables como si esto fuese una actividad más de la empresa, tal es así que se utilizan los equipos y personal de la propia entidad y se realizan estudios de mercadotecnia para determinar si se han alcanzado o no los objetivos trazados.

1.2 Características

Tomando en consideración la definición que hemos planteado, podemos identificar las siguientes características:

a) Una función empresarial con doble matiz: económico y social.

Durante mucho tiempo fue motivo de discusión la inclusión de una función social en las organizaciones empresariales. En un inicio, las organizaciones empresariales tuvieron una función meramente económica, es decir, su existencia sólo se justificaba en la medida que produjera bienes y servicios de manera eficiente y se obtuvieran beneficios económicos, sin importar los medios utilizados para alcanzar dicho cometido. Sin embargo, con el transcurrir del tiempo, esta función social ha adquirido mayor acogida. En la actualidad, de acuerdo con Luis González Seara, son dos las concepciones imperantes sobre la responsabilidad social de la empresa:

1) la de quienes consideran que la responsabilidad se circunscribe a utilizar los recursos y realizar las actividades encaminadas a incrementar los beneficios, respetando las reglas de juego de un sistema libre, competitivo, sin engaños ni fraudes; 2) la de quienes estiman que la responsabilidad social de la empresa ha de ir más allá de esas funciones básicas, considerándola como una institución social, que comprende una comunidad de personas que aportan capital, trabajo y direc-

[7] PORTOCARRERO, Felipe, Proyección Empresarial, Business Week, Negocios en el Perú, Lima, Año VII, diciembre, 2000, N° 75, p. 42.

ción gerencial, que, aparte del beneficio para todos ellos, debe contribuir a mejorar las condiciones de vida del conjunto de la sociedad, de una forma altruista y voluntaria.[8]

Nosotros nos adherimos a la segunda concepción, pues consideramos que hoy en día el mercado requiere no sólo el cumplimiento de una función económica sino también social, la cual implica reconocer que la actuación empresarial puede tener efectos directos e indirectos en su entorno.[9] Los primeros se reflejan en un mejor entorno de trabajo (ámbito interno) –que genere un mayor compromiso de los trabajadores e incremente su productividad- o de una utilización eficaz de los recursos naturales, mientras que los segundos, pueden verificarse en la mejora de la comunidad o la sociedad en general en la que se asienta la empresa (ámbito externo).

Esta interacción de la organización empresarial con su entorno permite a la empresa legitimar su comportamiento y obtener la aquiescencia y preferencia de los consumidores. De acuerdo con Armando de Melo, la integración competitiva en los mercados globales ha revelado que los vínculos sociales sólidos entre las empresas y su medio social promueven diferenciales fundamentales de productividad, ya que al desarrollar el sentimiento de pertenencia a la comunidad, la empresa garantiza la legitimidad de su identidad.[10]

b) Contenido ético

El mercado ha ido aceptando la inclusión de una función empresarial de carácter social porque las decisiones de consumo así lo requieren. La RSE no es otra cosa que una respuesta al colectivo de consumidores que sólo legitiman y prefieren a una u otra organización empresarial si observan en ellas comportamientos éticos.

---

[8] GONZÁLEZ SEARA, Luis. La responsabilidad social de la empresa. Revista del Monisterio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, 50, p.20.

[9] COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Libro Verde: Fomentar un marco europeo para la responsabilidad de las empresas. Bruselas, 18.7.2001 COM(2001) 366 final p.8 http://www.jussemper.org/Inicio/Recursos/Actividad%20Corporativa/Resources/Libro%20verde.pdf, visitada el 20 de mayo de 2005.

[10] DE MELO, Armando. Empresa ciudadana. p. 246. http://www.urbared.ungs.edu.ar/textos/empresa%20ciudadana.pdf, visitada el 20 de mayo de 2005.

Esta exigencia de ética en las conductas empresariales, no es más que una muestra de la añadidura del componente social en los parámetros que el mercado debe tomar en consideración. Al respecto, Armando de Melo afirma que:

Ética y empresa dejan de ser elementos aparentemente contrapuestos, pues, lo que debería ser obvio, las empresas, como todo lo que existe socialmente, cuenta con una dimensión ética (queda saber cuál, ya que si todos son morales, no lo son de forma igual ni única a lo largo del tiempo), siempre tendrá obligaciones sociales hacia sus miembros y todos los que se ven afectados por sus acciones, y las empresas son incapaces de ubicarse y sobrevivir en un mundo amoral.[11]

En nuestra opinión, es justamente la carga ética en las normas de conducta empresariales la que caracteriza a las acciones de RSE.

c) Relación con el ordenamiento jurídico

Ahora bien, en la medida que la RSE fomenta la creación de normas de conducta, es posible establecer una relación con el ordenamiento jurídico. Las normas jurídicas operan también como normas de conducta; en ese sentido, pueden incluir un componente ético. Es por ello que el cumplimiento de las disposiciones del ordenamiento jurídico constituye un primer parámetro de RSE.

Al respecto, la Comisión de las Comunidades Europeas ha señalado que ser socialmente responsable no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá de su cumplimiento invirtiendo "más" en el capital humano, el entorno y las relaciones con los interlocutores.[12]

El ordenamiento jurídico sólo establece los mínimos indispensables que permiten la convivencia, seguridad y paz social. La RSE incluye el cumplimiento de las disposiciones jurídicas pero además, y es aquí donde radica la importancia y trascendencia de esta institución, pretende superar los mínimos establecidos por el ordenamiento jurídico.

[11] Ibid. p. 244.
[12] COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Loc cit.

A continuación, analizaremos dos características que no se encuentran de manera explícita en nuestra definición:

d) Obligatoriedad y Voluntariedad

La voluntariedad implica libre albedrío. Entonces cabe cuestionarse: si la RSE presupone el cumplimiento de los mínimos impuestos por las normas jurídicas ¿No existiría una suerte de obligatoriedad en las iniciativas socialmente responsables? Consideramos que la RSE tiene asidero en todo tipo de norma de conducta, sea ésta jurídica o no. En consecuencia, la RSE podrá tener las características de obligatoriedad o voluntariedad dependiendo del tipo de norma de conducta que empleemos.

Cuando se trate del cumplimiento del ordenamiento jurídico, es decir de normas que ejercen coerción (presión subjetiva que en las personas cumple la virtualidad de la fuerza de una entidad) o coacción (fuerza que se hace a una persona para que diga o ejecute alguna cosa) por parte del Estado, estaremos ante la RSE obligatoria, mientras que cuando se trate de normas de conducta no jurídicas, estaremos ante la RSE voluntaria.

Un segundo cuestionamiento sería el siguiente: si las iniciativas de responsabilidad social empresarial son generadas en su mayoría por los requerimientos de los consumidores ¿Es posible hablar de decisiones tomadas voluntariamente por las organizaciones empresariales?.

En nuestra opinión, es innegable que las decisiones empresariales siempre tienen como centro los requerimientos de los consumidores. No obstante, lo cierto es que la asunción de acciones socialmente responsables cuando refiere a normas de conducta de contenido no jurídico es producto de un acto volitivo de las organizaciones empresariales motivado por los requerimientos de los consumidores. Finalmente, depende sólo de la voluntad de la organización empresarial y de nadie más.

e) Unilateralidad, Bilateralidad o Multilateralidad

Las acciones socialmente responsables transitan por un proceso que cuenta hasta con tres etapas: elaboración, adopción y, aplicación. Como veremos en el

siguiente capítulo, en todas ellas es posible verificar la participación de agentes distintos a la organización empresarial, tales como las organizaciones sindicales, organizaciones no gubernamentales, organizaciones internacionales, etc. En consecuencia, la imposición de normas de conducta socialmente responsables puede provenir de acuerdos unilaterales, bilaterales o multilaterales.

1.3 Manifestaciones de la Responsabilidad Social Empresarial

1.3.1 Por la denominación

a) Códigos de conducta

Son declaraciones de principios o de política formuladas por escrito, en las que la empresa manifiesta su propósito de atenerse a un comportamiento determinado[13]. Estos códigos contienen comportamientos éticos que las organizaciones empresariales se comprometen a asumir. Para la elaboración de estas normas de conducta, las organizaciones empresariales pueden haber contado con la participación de las organizaciones sindicales o representantes de los trabajadores, organizaciones no gubernamentales, e inclusive pueden haber tomado en consideración los requerimientos de los consumidores o accionistas.

De acuerdo con Janelle Diller, las empresas se aplican directamente a sí mismas y a sus socios unos códigos operacionales en los que se especifica su compromiso de observar determinados comportamientos, o suscriben un código patrocinado por terceros. Dentro de los códigos operacionales pueden distinguirse los códigos de adhesión y modelo. Los primeros, suelen incluir un sistema de notificación directa por los que se adhieren a ellos o una certificación por los terceros que los patrocinan. Mientras que los segundos, son declaraciones genéricas que ofrecen a las empresas una base para que elaboren sus propios códigos. [14]

b) Etiquetado social

Se trata de programas que implican la adquisición del uso de marcas, sellos, etiquetas, certificaciones, etc. mediante el cumplimiento de ciertas pautas o

[13] DILLER, Janelle. ¿Una conciencia social en el Mercado mundial? Dimensiones laborales de los códigos de conducta, el etiqueta social y las iniciativas de los inversores. Revista Internacional del Trabajo. OIT. Ginebra, 1999, Volumen 118, número 2, p. 115.

[14] Ibid. p.116.

estándares sociales. Los programas de etiquetado social funcionan como sistemas de verificación de la actuación social de la empresa, que se comunica por un medio muy visible: una etiqueta o sello relativo a las condiciones laborales y sociales en las que se desarrolla la fabricación de un producto o la prestación de un servicio.[15]

c) Iniciativas privadas

En la medida que los agentes del mercado van tomando conciencia de las consecuencias o repercusiones sociales de sus actos, han optado por orientar sus inversiones de negocio en programas y políticas que evalúen no sólo los beneficios económicos sino también los beneficios sociales. En los países desarrollados han surgido algunas iniciativas por parte del sector privado que bien pueden catalogarse como cláusulas sociales ya que supeditan las operaciones comerciales al cumplimiento de determinadas normas laborales[16].

1.3.2 Por el ámbito de aplicación

a) Responsabilidad Social dimensión interna

Dentro de la empresa, las prácticas responsables en lo social inciden en primer lugar en la gestión del personal de la empresa, y en segundo lugar, la gestión de los recursos naturales utilizados para la producción.

a.1) Gestión del personal de la empresa

Las empresas deben reconocer que parte de la productividad y competitividad que persiguen se encuentra en gran medida en el tipo de personal (grupo humano) que permanece bajo su dirección. En esa medida, es importante establecer condiciones de trabajo que brinden satisfacción y realización personal a los trabajadores, tales como formación profesional continua, igualdad de retribución, salud y seguridad en el lugar de trabajo, y condiciones de trabajo que permitan el equilibrio entre trabajo, familia y ocio.

[15] Ibid.

[16] ALBUQUERQUE, Rafael. "Derechos Fundamentales y Comercio Internacional: Armonización de la Eficacia Económica con la protección Social". En: V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2001. p. 269.

La Comisión de las Comunidades Europeas entiende que la aplicación de normas más estrictas que los requisitos de la legislación del ámbito social, por ejemplo en materia de formación, condiciones laborales o relaciones entre la dirección y los trabajadores, puede tener también un impacto directo en la productividad. De esta manera se da cabida a un aumento de productividad y competitividad sin dejar del lado el desarrollo social.[17]

a.2) Gestión de recursos naturales utilizados para la producción

Las empresas deben realizar esfuerzos para que sus políticas de producción no impacten negativamente en el medio ambiente. Pueden resultar ventajosas para la empresa las prácticas de reciclaje y reducción del uso de residuos contaminantes, así como realizar campañas para el cuidado del medio ambiente de la localidad o comunidad.

b) Responsabilidad Social dimensión externa

La responsabilidad social se extiende a las comunidades, socios comerciales, proveedores y consumidores, Organizaciones No Gubernamentales (ONG), etc.

b.1) Comunidades Locales

Las empresas no son entes aislados; por el contrario sus actividades contribuyen en el desarrollo de su entorno pues brindan trabajo a sus pobladores, pagan tributos, permiten la mejora de la infraestructura de la localidad o comunidad, etc.

b.2) Socios comerciales, proveedores y consumidores

En la medida que las organizaciones empresariales interactúan con socios comerciales y proveedores para poder llevar a cabo sus actividades, los resultados que obtengan dependerán en muchos casos de la buena reputación o desempeño de estos agentes. Es por ello, que las empresas han optado por establecer cierto tipo de políticas o parámetros de carácter social para establecer relaciones comerciales con ellos.

[17] COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Op cit, p. 7.

Además, existe una doble relación entre las organizaciones empresariales y los consumidores. De un lado, la continuidad de las organizaciones empresariales depende de las preferencias y exigencias de los consumidores, y del otro, los clientes dependen de estas entidades para satisfacer sus necesidades de consumo. Es por ello que estas organizaciones han optado por evaluar constantemente los gustos y expectativas de los consumidores a fin de establecer pautas de comportamiento eficientes.

b.3) Organizaciones No Gubernamentales

La relación entre las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones empresariales se ha ido reafirmando con el transcurrir del tiempo en la medida que se ha reconocido que representan los intereses de los consumidores. En la mayoría de los casos cumplen un doble papel: de un lado, como colaborador en la elaboración de iniciativas socialmente responsable, y de otro lado, como fiscalizador del cumplimiento de las obligaciones asumidas por las organizaciones empresariales.

II. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL EN EL ÁMBITO LABORAL

Luego de identificar a la RSE en sentido amplio, es preciso delimitar aún más nuestro campo de estudio. Para ello, analizaremos cada una de las características mencionadas en el capítulo anterior desde una perspectiva laboral.

a) Una función empresarial con doble matiz: económico y social.

La RSE concilia los intereses económicos, tales como productividad, rentabilidad y buena reputación, con los intereses de sus trabajadores, los cuales implican mejoras de condiciones de trabajo y de vida.

De acuerdo con la OIT:

La empresa moderna, unidad básica de trabajo y producción, ha desarrollado un sentido de solidaridad social y se preocupa por el bienestar colectivo. No se trata de mera filantropía ni de estrategia de mercadeo, ni de acciones aisladas;

hay estrategias corporativas que toman en cuenta el impacto de su quehacer empresarial entre sus trabajadores, clientes, proveedores o acreedores y en la comunidad y sociedad en la que actúan.[18]

Como lo señaláramos líneas arriba, se trata de una actuación integral de las organizaciones empresariales y una apuesta por el desarrollo de su personal, como si esto fuese una actividad más de la empresa, tal es así que se utilizan los equipos y el personal de la propia entidad y se realizan estudios de mercadotecnia para determinar si se han alcanzado o no los objetivos trazados.

La OIE entiende que las empresas desempeñan un papel indispensable a la hora de proporcionar empleo, crear riqueza y elevar el nivel de vida general. En ese sentido, deben prestar atención a la creciente sensibilidad de la sociedad respecto de los principios fundamentales de la justicia social.[19]

b) Contenido ético

Debido a los requerimientos de los consumidores y del mercado en general, las organizaciones empresariales se han visto en la necesidad de establecer modelos de excelencia que suponen una gestión orientada por valores y principios, uno de los cuales es la apreciación de las personas como el principal valor estratégico de una organización.[20]

Siendo el componente ético un rasgo característico de la RSE, los códigos de conducta pueden establecerse en todo tipo de empresa, si es que ésta lo quiere así. La OIE sostiene que la responsabilidad social de una empresa no depende de su forma jurídica u organizativa. Los códigos de conducta no son necesariamente exclusivos de las empresas multinacionales.[21]

---

[18] OIT. Globalización y trabajo decente en las Américas. Informa del Director General. Lima: OIT, 2002. p.62.
http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/rgmeet/pdf/am15-dg.pdf, visitada el 20 de mayo del 2005.

[19] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE EMPLEADORES. Códigos de Conducta. Posición de la OIE. Ginebra, 1999. p. 15.
http://www.ioe-emp.org/ioe-emp_spani/pdf_1/codes_spa.pdf, visitada el 20 de mayo de 2005.

[20] ALBUQUERQUE, Mario. Calidad de condiciones de trabajo: certificación y otros sistemas de estímulo. (Informe Final). Santiago, 2002. p.6.

[21] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE EMPLEADORES. Op cit. p. 9.

En materia laboral, es preciso aprovechar la posición especial de los consumidores en el mercado como agentes que orientan las políticas empresariales. Es de suma importancia el fomento de una educación ciudadana que incentive el trabajo en colectivo de los consumidores, de tal forma que los requerimientos para tomar las decisiones de consumo incluyan no sólo el cumplimiento de los mínimos establecidos por el ordenamiento jurídico, sino además, de acciones socialmente responsables que superen estos mínimos.

c) Relación con el ordenamiento jurídico

Aún no hay un consenso sobre la relación que guardan las iniciativas socialmente responsables con el ordenamiento jurídico. Sin embargo, lo cierto es que algunas acciones socialmente responsables incluyen a las normas internacionales emitidas por la OIT y las normas jurídicas de cada país.

Con respecto al primer punto, la OIE señala que los convenios de la OIT no pueden ser incluidos en los códigos de conducta de las empresas. Primero, porque se trata de normas que, en muchos casos, forman parte de las legislaciones de los estados. Segundo, porque los destinatarios de estas normas internacionales no son las empresas, sino los estados Miembros de la OIT.[22]

Por su parte, la OIT reconoce la inclusión de las normas internacionales del trabajo en las iniciativas socialmente responsables, pues considera que éstas pueden colaborar con la difusión de los principios e ideales de la OIT. Pero, y aquí está la salvedad, no pueden suplir la labor de supervisión de la aplicación de la legislación nacional y de las normas internacionales.

De esta forma, la OIT ha efectuado una revisión de estas iniciativas para determinar si hay o no una inclusión de las normas emitidas por la OIT en sus normas de conducta.[23] Los resultados obtenidos han sido los siguientes: los códigos y políticas adoptadas por las empresas unilateralmente hacen pocas referen-

[22] Ibid. p.13.

[23] La OIT ha establecido una Base de Datos Empresas e Iniciativas Sociales (BASI) de la OIT y ha realizado evaluaciones sobre el desarrollo de mecanismos de acreditación y fiscalización del cumplimiento de estas iniciativas. La Base de Datos de Empresas e Iniciativas Sociales (BASI), hoy por hoy, recoge más de 300 iniciativas de RSE, mientras que en 1998 recogía unas 200. Aún cuando la mayoría de éstas provienen de países industrializados, ha podido observarse un aumento del número de iniciativas.../

cias a las normas fundamentales internacionales del trabajo. Si bien ciertas investigaciones de la OIT han puesto de manifiesto que algunos códigos y políticas hacen referencia a la Declaración EMN[24], la mayoría de ellos no lo hacen, e incluso algunos están redactados de modo que se podría interpretar que socavan las normas internacionales del trabajo[25]. Por su parte, hay un número significativo de iniciativas multilaterales que sí hacen referencias a las normas de la OIT.[26]

Nótese que cuando las iniciativas socialmente responsables son unilaterales, hay muy pocas referencias a las normas internacionales de la OIT, mientras que cuando se trata de iniciativas multilaterales, esto es con la participación de otros agentes del mercado, ocurre todo lo contrario. Como puede apreciarse, hay una negativa por parte de las organizaciones empresariales de incluir a las normas internacionales emitidas por la OIT en sus iniciativas socialmente responsables.

Nosotros consideramos que la inclusión de las normas internacionales de la OIT en las normas de conducta de las organizaciones empresariales brindaría grandes beneficios a quienes son finalmente sus destinatarios: los trabajadores. A continuación, consideramos dos supuestos:

El primer supuesto sería el de asumir que las disposiciones de la OIT han sido incorporadas al ordenamiento jurídico del Estado en el que la empresa desarrolla sus actividades. En este caso, resulta irrelevante que se coloquen expresamente las disposiciones que la empresa se compromete a cumplir, pues ya existen normas jurídicas que establecen estas obligaciones.

Sin embargo, en el supuesto que las disposiciones de la OIT no hayan sido incorporadas por el Estado en el que la empresa desarrolla sus actividades, la situación varía. En la medida que las disposiciones de la OIT tienen por finalidad

/...procedentes de países en desarrollo Oficina Internacional del Trabajo. Véase: CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. Grupo de Trabajo sobre la Dimensión Social de la Mundialización. Nota informativa sobre responsabilidad social de la empresa y normas internacionales del trabajo. Ginebra, 2003. GB.288/ WP/SDG/3 288. a reunión. p. 2.
http://www.mes-d.net/Doc/oit.pdf, visitada el 20 de mayo de 2005.

[24] Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, Ginebra, 1977.
http://www.ilo.org/public/spanish/standards/norm/sources/mne.htm, visitada el 20 de mayo de 2005.

[25] CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. Loc cit.

[26] Ibid. p. 3.

mantener el equilibrio entre las partes de una relación laboral, consideramos que lo que guarda mayor relevancia es el contenido de las obligaciones o prácticas asumidas por las empresas. La inclusión de las disposiciones de la OIT en las normas de conducta empresarial permite asegurar el cumplimiento de esta finalidad.

Teniendo las organizaciones empresariales un campo de acción que supera los límites estatales y regionales, resulta positivo que el contenido de las disposiciones de la OIT, que guardan un carácter de universalidad, lleguen cada vez más a un mayor número de trabajadores a través de las normas de conducta de las organizaciones empresariales.

De otro lado, consideramos que la RSE abarca dos tipos de regulación: la regulación tradicional o directa y formas de regulación alternativa o indirecta. A decir de Ermida, la primera, refiere a las normas jurídicas generales, abstractas, con vocación o pretensión de acatamiento por sus destinatarios, que procuran regular directa y sustantivamente relaciones y derechos laborales, a imagen y semejanza de la ley, aunque adaptada al ámbito internacional. [27] Mientras que la segunda, actúa como complemento o en sustitución de las anteriores, sea por su insuficiencia o por sus dificultades de adopción. En este caso, no recurre a una regla de derecho general, abstracta y directa, sino a una técnica convencional o unilateral que da lugar, en el primer caso, a obligaciones entre las partes celebrantes y en el segundo, a condiciones, estímulos, disuasivos o compromisos éticos (...).[28]

[27] Ermida Uriarte, Oscar. "Derechos Laborales y Comercio Internacional". En: V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2001. p. 288-289.

[28] Ibid.

A continuación adjuntamos un cuadro elaborado por el referido autor:

Regulación Tradicional o Directa	Convenios internacionales del trabajo (OIT)Normas supranacionales (UE)Pactos y Declaraciones de derechos humanos Derecho universal de los derechos humanos	Regulan directamente relaciones y derechos. Crean o reconocen derechos subjetivos, exigibles por sus titulares.
Regulación Alternativa o Indirecta	Cláusulas sociales en tratados de comercio	Crean obligaciones entre los Estados celebrantes
	Preferencias arancelarias unilaterales	Suponen una condición unilateral que generaría un estimulo de disuasión.
	Códigos de conducta	Suponen una promesa ética
	"Labels" o sellos	Suponen generar un estímulo
	Inversiones socialmente responsables	Idem

A nuestro entender, la RSE en materia laboral tiene como premisa el cumplimiento de estándares laborales mínimos establecidos por las formas de regulación directa o tradicional, y sólo a partir de esta base, es posible el establecimiento de obligaciones de mayor envergadura, tales como los códigos de conducta, "labels" o sellos, etc. Sostener lo contrario nos llevaría al absurdo de afirmar que existan organizaciones empresariales que sin cumplir con las disposiciones del ordenamiento jurídico son socialmente responsables.

d) Obligatoriedad y Voluntariedad

La RSE cuenta con las características de obligatoriedad y voluntariedad. La primera, se presenta cuando se trata de normas jurídicas que establecen los mínimos indispensables para la convivencia social; y la segunda, se presenta en las normas de conducta de carácter no jurídico.

En materia laboral, debido al gran contenido ético que posee la normativa laboral, la RSE se presenta como propulsor de un cambio de actitud por parte de las organizaciones empresariales. Hoy en día, para hacer negocios es importante evaluar las condiciones de trabajo y vida de los trabajadores, e insertar políticas empresariales de desarrollo del personal como si fuesen una actividad más de la empresa.

e) Unilateralidad, Bilateralidad o Multilateralidad

Las acciones socialmente responsables incluyen tanto políticas empresariales como iniciativas bilaterales o multilaterales. Las primeras son obligaciones impuestas por las propias empresas sin intervención de ninguna otra entidad u organización, con la finalidad de obtener mayor productividad y competitividad en el mercado. Por su parte, las segundas, son iniciativas provenientes de ONG, organizaciones sindicales y las empresas o asociaciones empresariales, ya sea individualmente o en conjunto, que establecen ciertas pautas o códigos que trascienden el ámbito de una sola empresa.

En el ámbito laboral por ejemplo, cabe interrogarnos: ¿Es posible que una organización empresarial acuerde el cumplimiento de acciones socialmente responsables con las organizaciones sindicales o los representantes de los trabajadores?

Al respecto, Gérard Fonteneau señala que:

«La responsabilidad social corporativa consiste en el establecimiento unilateral y voluntario por parte de las empresas de políticas sociales y ambientales como instrumentos alternativos, que no constituyen convenios colectivos ni legislación, y ofrecen, en búsqueda de estos objetivos, asociaciones con múltiples actores».[29]

No compartimos la opinión del autor, pues nada obsta que una norma jurídica, como la parte normativa de un convenio colectivo, pueda incluir el cumplimiento de acciones socialmente responsables. No obstante, cabe subrayar que pueden

[29] Advisor to the European Trade Union Confederation (ETUC). Corporate Social Responsability. En: The Jus Semper Global Alliance. Living Wages North and South. 2003. p. 3. http://www.jussemper.org/Inicio/Index_castellano.html, visitada el 10 de junio de 2004.

presentarse inconvenientes para establecer parámetros de medición objetivos que verifiquen el cumplimiento de estas disposiciones.

Ahora bien, para las organizaciones empresariales es importante resaltar la unilateralidad de sus acciones, pues consideran que de este modo pueden evadir cualquier tipo de fiscalización u obligación de rendir cuentas a alguien sobre sus actos. Lo cierto es que dependerá del tipo de acción socialmente responsable para determinar los mecanismos de fiscalización que pueden ejecutarse.

La fiscalización es realizada por grandes empresas internacionales de contabilidad y consultoría, empresas de consultoría más pequeñas, ONG de países industrializados y de países en desarrollo, organizaciones de trabajadores, académicos y empresas de control de calidad, así como organizaciones de la sociedad civil. Al respecto la OIT señala que algunas investigaciones preliminares indican que la mayoría de metodologías se encuentran todavía en una fase preliminar de desarrollo y por tanto no permiten garantizar el respeto de las normas de trabajo.[30]

La OIE sostiene que debido a que los códigos son normas de comportamiento que las empresas asumen de manera voluntaria, como una muestra de la responsabilidad que asumen ante la sociedad[31], no puede aceptarse la imposición de un control o fiscalización del comportamiento de la empresa por parte de terceros, pues no compete a nadie más que a las empresas que le dieron vida o en todo caso a terceros autorizados por estas entidades.[32]

Somos de la opinión que el carácter privado que la OIE le da a los códigos de conducta es válido cuando hablamos de acciones socialmente responsables asumidas de manera unilateral. Aunque, inclusive, en estos casos existe la posibilidad de que la sociedad civil en representación de los consumidores pueda requerir información sobre los resultados o el grado de cumplimiento de las normas de conducta establecidas. Consideramos que son los consumidores los que tienen la última palabra; en esa medida, si una empresa asume un código de conducta y no lo cumple, es preciso que tarde o temprano reciba una respuesta severa por parte de los consumidores mediante el no consumo de los bienes o servicios que esta organización ofrece.

[30] OIT, Ibid. p.5.
[31] Ibid. p. 10.
[32] Ibid. p. 5.

Pero cuando las acciones socialmente responsables han sido asumidas bilateral o multilateralmente, la situación es distinta, ya que la organización empresarial se compromete ante otros a asumir ciertas obligaciones.

Existen códigos que se establecen en cooperación con (o a raíz de la presión ejercida por) terceros, que en ocasiones participan (o al menos presionan para que se les permita participar) de uno u otro modo en su aplicación.[33]

En este caso, la participación del tercero rebasa el mero asesoramiento y da lugar a una responsabilidad conjunta respecto de la redacción y de la conclusión del código, reclamándose con frecuencia también una participación en la aplicación y supervisión del mismo. Estas organizaciones se consideran a sí mismas como guardianes del interés público, lo cual les otorga legitimidad a sus propios ojos.[34]

En la medida que la organización empresarial se obliga ante otro a cumplir ciertas obligaciones, es posible que esta otra parte fiscalice y exija el cumplimiento de lo acordado. Bien podría darse el caso de un convenio colectivo celebrado entre la empresa y los trabajadores que establezca mecanismos de supervisión así como sanciones en caso de incumplimiento.

III. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL EN MATERIA LABORAL EN EL PERÚ

3.1 Situación actual

El Perú enfrenta una situación sumamente delicada, pues aún no se ha logrado alcanzar el cumplimiento de los estándares laborales mínimos establecidos por la OIT. De acuerdo con el Plan Nacional de Fomento del Trabajo Decente y la Competitividad Empresarial[35], el Perú afronta un déficit de trabajo decente, tanto en el plano normativo como en el plano de aplicación, pues aún se aprecian deficiencias en los estándares laborales y sociales básicos de los trabajadores y sus familias.

[33] Organización Internacional de Empleadores. Op. cit. p. 13-14.

[34] Ibid. 14.

[35] Documento aprobado mediante Resolución Ministerial N° 181-2004-TR.

Se estima que la normativa laboral es aplicada efectivamente a sólo el 40% de la población asalariada, lo que determina que muchos trabajadores no gocen de la protección que dichas normas otorgan. Al respecto, el Informe Preliminar: "Perú: Propuesta de Programa Nacional de Trabajo Decente"[36] ha señalado que el 31.5% de los ocupados trabaja más de 48 horas semanales y que alrededor del 53% de los asalariados no se encuentra afiliado a ningún sistema de prestaciones de salud. Ésta inaplicación de normas laborales de debe en gran parte al encubrimiento de relaciones laborales bajo formas distintas a la laboral o al no registro de contratos de trabajo.

Aún más, la población peruana no sólo no tiene conocimiento o tiene un conocimiento parcial de las disposiciones laborales, sino que además, no encuentra en las instancias estatales mecanismos eficaces para la protección y sanción en caso de vulneración.

En ese sentido, las tareas que aún quedan por cumplir son el establecimiento de mecanismos efectivos para la difusión y fiscalización de la normativa laboral; y de políticas laborales que fomenten la inclusión de los estándares laborales en el sector no estructurado (informal).

En lo que se refiere a la difusión y fiscalización de la normativa laboral, encontramos grandes obstáculos. En primer lugar, la escasez de recursos económicos que permitan instaurar programas de difusión de la legislación laboral; y en segundo lugar, el número reducido de inspectores y las escasas posibilidades de brindar capacitación constante a este personal.

Por otra parte, con respecto a las políticas laborales cabe señalar que aún existen serias trabas para que la inserción del sector no estructurado pueda concretarse, entre otras razones podemos mencionar la falta de información, la desconfianza en la Administración Pública, los procedimientos administrativos engorrosos, y el establecimiento de normas que pretenden crear realidades que no existen. Bajo este panorama resulta importante cuestionarse: ¿Es posible hablar de Responsabilidad Social Empresarial en el Perú?.¿Cuál sería el contenido de esta responsabilidad?

[36] Informe Preliminar "Perú: Propuesta de Programa Nacional de Trabajo Decente". Documento elaborado por la oficina Sub Regional para los países andinos de la Organización Internacional del Trabajo a pedido del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

3.2 Avances

Aún cuando el desarrollo de RSE es incipiente en el Perú, en la actualidad es posible verificar avances en los ámbitos empresarial y estatal. Durante la década de los noventa, las empresas transnacionales y las grandes empresas, bajo los parámetros contemporáneos de éxito empresarial[37], han establecido organizaciones dedicadas al fomento de la RSE[38]. Poco a poco se están reconociendo los beneficios que brinda la preocupación por los trabajadores y sus condiciones de vida.

A decir de Baltazar Caravedo:

Se han establecido políticas organizaciones tendientes a brindar capacitación, asegurar la vida y la integridad física, emocional y psicológica, crear mecanismos para recoger sugerencias de sus propios trabajadores, tanto para incrementar su productividad así como para mejorar su clima interno y organizacional, realizar inversiones para suavizar el impacto de situaciones de crisis, elaborando estrategias de reducción de personal cuando es necesario, ofreciendo orientación a los trabajadores para encontrar nuevas oportunidades de empleo, si fuera el caso, invertir en las familias de sus trabajadores, orientándolas, capacitándolas o brindándoles atención en acciones que las familias necesitan y la empresa está en condiciones de ofrecerlas directamente o a través de terceros. [39]

[37] De acuerdo con Carlos Julio Rojas, el éxito de una empresa se puede definir como la conjunción de ética y competitividad. La ética la definimos como la congruencia existente entre los principios o credos organizacionales y la realidad percibida de éstos por el público relevante de la empresa: clientes, proveedores, entidades reguladoras y empleados. La competitividad está a su vez compuesta por la calidad integral, entendida como calidad de los bienes y servicios producidos, velocidad de respuestas en el servicio, precio competitivo, y certificación verde (aval de organismos protectores del Ecosistema, o que califica a la empresa como una organización con buenas prácticas); rentabilidad por efectividad, es decir, que exista la garantía para los accionistas que su inversión es rentable por la armonización de sistemas productivos; y satisfacción de los empleados, la misma que es resultado de la promoción de un ambiente de trabajo adecuado (buen clima laboral). Ver: "En Camino hacia el Éxito" En: Calidad y Excelencia. Centro de Desarrollo Nacional de Industrias. Edición Internacional. Lima – Perú. Año 2 (1995) N° 11. p. 14.

[38] En el año 2001, bajo la iniciativa de la CONFIEP, Perú 2021, IPAE y la Universidad del Pacífico, se impulsó la creación del Instituto de responsabilidad Social de la Empresa (IDRS), el cual tiene como objetivo la promoción y facilitación del sector empresarial en la tarea de conseguir un desarrollo sustentable, sobre bases estables y equitativas.

[39] Caravedo, Baltazar. "Responsabilidad Social: el nuevo orden empresarial que asegura la competitividad". En: Calidad y Excelencia. Centro de Desarrollo Nacional de Industrias. Edición Internacional. Lima – Perú. Año 5 (1998) N° 21. p. 20 y siguientes.

Por otra parte, de acuerdo con el informe Perú: Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. Formativa, Situación y Perspectivas[40], el Estado Peruano ha iniciado una estrategia integral para el cumplimiento de las normas laborales que incluye el Plan Nacional de "Fomento del trabajo Decente y la Competitividad Empresarial".

La singularidad que presenta este plan es la difusión de un modelo empresarial en el que la competitividad y la alta productividad se asocien al respeto de los derechos laborales y el bienestar de los trabajadores. Para ello, el plan descrito establece el otorgamiento de incentivos y certificaciones públicas a los empleadores que voluntariamente acrediten ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) el cumplimiento de la legislación laboral; garanticen un entorno saludable y seguro para sus trabajadores, aseguren la efectividad de su derecho a la formación profesional, y promuevan los derechos y principios fundamentales contenidos en la Declaración de 1998 de la OIT.

Mediante este plan se pretende la promoción de normas y estándares de responsabilidad social empresarial, así como el desarrollo de ventajas competitivas basadas en la difusión y certificación independiente de las mismas. En este documento, es posible verificar que el Estado Peruano reconoce tres parámetros efectivos de un comportamiento socialmente responsable.

En primer lugar, el cumplimiento del marco legal pues es indudable que las empresas que incumplen las normas jurídicas no pueden ser calificadas como socialmente responsables; no obstante, debemos hacer la observación que ello, no implica que la RSE se agote en la observancia de la legalidad vigente.

En segundo lugar, la existencia de una política empresarial, además del cumplimiento de la legislación laboral, destinada al cumplimiento de los convenios de la OIT relativos a los derechos y principios fundamentales en el trabajo, entorno laboral saludable y seguro, efectivización del derecho a la formación profesional.

Y en tercer lugar, la obtención de una certificación del cumplimiento de estándares de responsabilidad social en materia laboral contenidos en la norma

[40] Informe presentado emitido por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo con fecha 28 de Julio de 2004.

SA 8000[41]. Consideramos que es a partir de este nivel que se puede hablar en estricto de Responsabilidad Social Empresarial.

Con vista a la determinación y propuesta de incentivos y certificaciones a otorgarse como parte del Plan Nacional "Fomento del Trabajo Decente y la Competitividad Empresarial" se ha constituido una Comisión Multisectorial[42], compuesta por representantes del MTPE, Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, SUNAT, CONSUCODE, INDECOPI, CONFIEP, CGTP y de la sociedad civil, la cual debatirá las propuestas y las medidas más óptimas para promover el cumplimiento de normas laborales.

Es preciso destacar el reconocimiento de la participación de actores de diversos ámbitos: el Estado, a través de sus entidades públicas; los empleadores; los trabajadores; y finalmente, pero no por ello menos importante, la sociedad civil. Consideramos que la RSE adquirirá mayor importancia y tendrá mayor difusión en el Perú cuando los consumidores tomen conciencia de la trascendencia que sus decisiones de consumo tienen sobre las políticas empresariales. Y es que las acciones socialmente responsables deben ser incentivadas, apoyadas y observadas por todos, pues ya ha quedado claro que las actividades que realizan las empresas, sean positivas o negativas, recaen directa o indirectamente en toda la sociedad, no en unos cuantos.

El Estado está evaluando la posibilidad de brindar incentivos a las organizaciones que cumplan con los parámetros señalados anteriormente. Entre los incentivos tenemos: un trato preferente en la atención del Ministerio de Trabajo, otorgar asistencia técnica a las MYPES que no califiquen, beneficios que permitan la postulación en los concursos de provisión de bienes, servicios y obras para el Estado, o del reconocimiento de un puntaje adicional en los mismos, en función del número de indicadores satisfechos, entrega de una etiqueta alusiva a la empresa a nombre del MTPE, reconocimiento público difusión por parte del MTPE de la

[41] De acuerdo con el Plan Nacional de Fomento del Trabajo Decente y la Competitividad Empresarial, la Norma SA 8000 es reconocida mundialmente como un sistema eficaz para implementar, mantener y verificar condiciones laborales decentes. Ha sido desarrollada basándose en las convenciones de la Organización Internacional Del Trabajo (OIT), la Declaración Universal de Derechos Humanos, como también la Convención de Derecho sobre derechos del Niño de las Naciones Unidas y puede ser aplicada a todo tipo de organizaciones independientemente de su tamaño, del tipo de rubro y ubicación.

[42] La Comisión fue aprobada mediante la Resolución Suprema N° 027-2004-TR de fecha 20 de julio de 2004 y publicada el 21 e julio de 2004.

condición de "empresa promotora del trabajo decente", así como la posibilidad de usar en sus productos una etiqueta alusiva a nombre del MTPE, y elaboración de un listado de las empresas que se encuentren en el segundo y tercer nivel que será publicada en la página web del MTPE y del MINCETUR y comunicada a los agregados comerciales del Perú en el exterior.

Como puede apreciarse, la RSE va insertándose poco a poco, y ofrece soluciones a la gran problemática laboral de nuestro país.

3.3 Retos

Consideramos que el primer gran reto en el Perú es que todos los agentes del mercado, y sobre todo las organizaciones empresariales, reconozcan el rol social que les compete, no sólo por la rentabilidad que brinda, sino por la repercusión de sus acciones en la sociedad.

En segundo lugar, el Estado Peruano, quien también actúa como empleador y consumidor, debe aprehender lo que pregona. En ese sentido, es indispensable que las acciones socialmente responsables también se lleven a cabo dentro de la Administración Pública. Es posible sugerir prácticas socialmente responsables a los otros, pero el sentido de responsabilidad social que en ellas existe sólo puede promoverse con el ejemplo, este es el nuevo rol que el Estado debe asumir.

En tercer lugar, la mayor parte de las empresas peruanas tienen aún que llegar al punto de partida de la RSE, pues ésta tiene como primer parámetro el cumplimiento de las normas laborales mínimas, lo cual no ocurre en nuestro país. Queda aún un largo camino por recorrer para que las empresas peruanas, y especialmente el sector no estructurado logren incorporarse a la formalidad. Sobre este tema, cabe redundar en el papel del Estado, pues sólo cuando el sector no estructurado encuentre imparcialidad, seguridad, capacidad, veracidad, y transparencia en la Administración Pública, el cumplimiento de las normas laborales mínimas será una realidad.

En cuarto lugar, es preciso instaurar planes de difusión y educación a la sociedad civil sobre la normativa laboral, ya que sólo brindando información a la población sobre sus derechos y los mecanismos de defensa de éstos, podremos sentar

las bases para una sociedad civil que de manera proactiva exija el cumplimiento de estándares laborales a las organizaciones empresariales.

Si bien los obstáculos son grandes, debemos aspirar al establecimiento de una sociedad civil que adquiera presencia en el mercado. La RSE se originó en los países desarrollados por consumidores a los cuales les importaba ya no sólo la producción de bienes y servicios, sino además, los mecanismos y políticas empresariales empleados para ello (que hay detrás de esos bienes y servicios). Hoy por hoy, la tarea que tiene nuestra sociedad civil es la educar a los consumidores para que tomen conciencia del papel que deben cumplir en el mercado.

En quinto lugar, deben establecerse mecanismos de fiscalización y protección social por parte de la Administración Pública para verificar el cumplimiento de los estándares laborales mínimos y, mecanismos de control privado o público que acrediten la puesta en práctica de las políticas socialmente responsables que las empresas han declarado que asumirán.

Debido a la inversión de recursos que implica, la RSE, tal y como ha sido planteada en otras latitudes, es practicada en el Perú sólo por las grandes y medianas empresas. Sin embargo, aún cuando las diferencias entre las grandes y medianas empresas y las pequeñas y micro empresas sean abismales, es posible hablar de una RSE para todas ellas. En estas últimas implica alcanzar la premisa o punto de partida de la RSE, esto es, el cumplimiento de estándares laborales. El Plan Nacional de "Fomento del Trabajo Decente y la Competitividad Empresarial" es una iniciativa estatal que justamente persigue la loable tarea de incentivar a las organizaciones empresariales en general a extender el ámbito de aplicación de los estándares laborales. No pasemos por alto esta buena iniciativa.

La necesidad y constitucionalidad de la ley de reforma del régimen de pensiones de la 20530: fijando el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión.

Valeria Galindo Valer[*]

[*] Bachiller en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora Adjunta del Doctor Alfredo Villavicencio Ríos del curso de Derecho Laboral General en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sumario:

Introducción I. El Decreto Ley N° 20530: ampliando beneficios de un supuesto régimen cerrado II. Derechos adquiridos y su relación con el derecho de seguridad social: la regla y la excepción antes de la reforma. 2.1. Vigencia de las normas en el tiempo: de los hechos cumplidos y los derechos adquiridos. 2.2. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto a la teoría que rige en nuestro ordenamiento: pronunciamientos antes de la reforma. III. El desarrollo de la reforma constitucional. IV. El desarrollo de la reforma constitucional V. La supuesta inconstitucionalidad de la reforma. 5.1. Principales temas abordados por la sentencia del Tribunal Constitucional relativa a la demanda de inconstitucionalidad de la Ley N° 28389 y la Ley N° 28449. VI. El contenido esencial del derecho a la pensión VII. Amparo por vulneración al derecho fundamental a la pensión: aspectos a tener en cuenta para la interposición de las demandas VIII. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La seguridad social es un derecho fundamental que, debido a su importancia, se encuentra regulado en diversos instrumentos internacionales y en las Constituciones de la gran mayoría de los Estados, entre los cuales se encuentra el Estado peruano. Los sistemas de seguridad social otorgan básicamente dos prestaciones: salud y pensiones, las cuales por el principio de universalidad deberían otorgarse a favor de todos los seres humanos y no sólo a favor del trabajador como

erróneamente se suele pensar. Lo que ocurre es que en el caso peruano, el sistema de seguridad social ha supuesto un sistema de protección a favor de trabajadores en relación de dependencia, por lo que algunos autores han llegado a sostener que en el Perú no existe un modelo de seguridad social, sino más bien un modelo de seguro social (NEVES, 1999, p. 25), lo cual de por sí ya era bastante injusto.

Debido al aumento de la tasa de desempleo y al alto nivel de informalidad que existe en nuestro país es fácil advertir que la proporción de personas que se benefician de un sistema de seguridad social es bastante escasa; y, lo mas preocupante es que los sistemas de seguridad social existentes padecen de algunas imperfecciones que además de crear injusticias han producido problemas económicos para el Estado. Nos estamos refiriendo específicamente al sistema de pensiones regulado por el tan cuestionado régimen del Decreto Ley N° 20530, cuyo problema principal estuvo en la forma como fue configurado y en los excesos legales y judiciales que incrementaron el número de pensionistas y beneficiarios de un régimen que cada vez era menos viable financieramente.

Sin bien es cierto se debe ampliar la cobertura de la seguridad social, ello no puede hacerse mediante normas irregulares que carezcan de un estudio de aplicación, y menos aún puede hacerse a través de normas que sólo pensaron en el beneficio de un grupo y no en la población en general. Es así como el Poder Ejecutivo propone la reforma de la Constitución de los artículos 11, 103 y de la primera disposición final y transitoria de la Constitución, reforma que más tarde fue aprobada por el Poder Legislativo de conformidad con el procedimiento establecido en la propia Constitución.

Debido a estos sucesos, nuestro artículo dará una revisión a los hechos previos a la reforma tales como los problemas de la 20530, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, así como la teoría de vigencia en el tiempo que regía antes de la reforma en materia pensionaria; para luego analizar la constitucionalidad de la reforma, esto último con ocasión de la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley N° 28389 y la de Ley N° 28449. Finalmente, desarrollaremos el tema relativo a los elementos esenciales de la pensión, lo cual nos servirá para advertir cómo la reforma no los ha afectado y también para tener en claro respecto a qué elementos de la pensión pueden ser protegidos a través de un proceso de amparo.

I. EL DECRETO LEY N° 20530: AMPLIANDO BENEFICIOS DE UN SUPUESTO RÉGIMEN CERRADO.

El régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N° 20530 fue creado el 26 de febrero de 1974 con el objetivo de perfeccionar el régimen de cesantía, jubilación y montepío regulado por la antigua Ley de Goces que establecía beneficios para los servidores públicos nombrados hasta el 11 de julio de 1962. Y es que con la creación de la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado a través de Ley N° 13724 y la emisión del Decreto Supremo de fecha 12 de julio de 1962, se dispuso que los servidores públicos comprendidos en el régimen de la Ley N° 11377 obligatoriamente quedarían adscritos a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado. Ello implicaba que los trabajadores estatales que entraban a laborar a partir del 12 de julio de 1962, ya no podrían ser beneficiarios de la Ley de Goces, hoy conocida como el Decreto Ley N° 20530[1].

Sin lugar a duda, esta decisión permitiría el cierre definitivo del Decreto Ley N° 20530 y su consecuente extinción, con la muerte del último beneficiario que haya ingresado a prestar servicios para el Estado al 11 de julio de 1962. Sin embargo, ello no fue lo que ocurrió en la realidad, pues diversas normas abrieron el sistema ampliando el ámbito de aplicación y los beneficios del régimen regulado por el Decreto Ley N° 20530[2], situación que generó un evidente problema de financiamiento debido a que las aportaciones o descuentos nunca fueron suficientes para sostener los beneficios que el pensionista y sus sobrevivientes debían recibir de acuerdo a éste Decreto Ley[3].

De todas estas normas ampliatorias la más discutible fue la Ley N° 23495 que convirtió el proceso de nivelación progresivo regulado por la octava disposición final y transitoria de la Constitución de 1979 en una nivelación automática y per-

[1] Originariamente este régimen pensionario comprendió a un reducido grupo de servidores (aproximadamente 30,000 los cuales estaban sujetos al régimen laboral de la actividad pública Ley N° 11377. (ABANTO, 2004, P 399)

[2] Las Leyes que ampliaron los beneficios de este régimen fueron: Decreto Ley 22595, Octava Disposición Transitoria de la Constitución de 1979, Ley N° 23495, Ley N° 24156, Ley N° 24779, Ley N° 25008, Decreto Legislativo N° 556.

[3] De acuerdo a Orlando Gonzáles la relación entre aportantes y pensionistas ha sido aproximadamente en el 2002 de 31,000 y 290,000 y en el 2003 de 27,000 y 295, 331, respectivamente. (2004, p. 363)

manente hacia futuro[4]. Cabe señalar que la posibilidad de la nivelación supuso un vínculo entre las pensiones y las remuneraciones, es decir, la posibilidad de que un pensionista tuviera una pensión equivalente a la de un trabajador activo e incluso la posibilidad de aumentar su pensión siempre que aumente la remuneración del trabajador activo.

A ello debemos sumar la existencia de interpretaciones administrativas y judiciales irregulares[5] que permitieron el ingreso de un mayor número de personas a un régimen cuyos beneficios superaban notoriamente a los regulados por el Decreto Ley N° 19990. Basta con tener en cuenta que para obtener la pensión de cesantía sólo era necesario contar con 15 años de servicios en el caso de los hombres y 12 años y medio en el caso de las mujeres, sin importar la edad del sujeto beneficiario de la pensión. Ello permitió que muchos trabajadores puedan cesar y obtener pensiones de por vida a pesar de haber aportado una suma que difícilmente alcanzaría para solventar el pago de sus pensiones. Y lo más importante, hombres y mujeres podían nivelar sus pensiones con las remuneraciones de los trabajadores activos siempre que contaran con 20 años de servicio.

Cabe señalar que todos los beneficios de la 20530 y todas sus normas ampliatorias fueron protegidos por la Constitución de 1993, la cual dispuso en su primera disposición, final y transitoria la incorporación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria.

Es así como para remediar la situación descrita se llevaron a cabo algunas medidas, tales como la declaración de nulidad de las incorporaciones y reincorporaciones que se habían realizado con infracción al ordenamiento, ello de conformidad al Decreto Legislativo N° 763; así como, la disposición de que la nivelación solo podría efectuarse con la remuneración de un trabajador sujeto al régimen laboral público, ello de conformidad con el Decreto Legislativo N° 817 y la Ley N° 26835; y, la fijación de topes a las pensiones por las Leyes de Presupuesto de 1991 a 1994.

---

[4] Esta norma establecía en su artículo 5 que "Cualquier incremento posterior a la nivelación que se otorgue a los servidores públicos en actividad que desempeñen el cargo u otro similar al último cargo en que prestó servicios el cesante o jubilado, dará lugar al incremento de la pensión en igual monto que corresponde al servidor en actividad".

[5] Estas incorporaciones contravenían el artículo 41 del Decreto Ley N° 20530.

Sin embargo, estas medidas no tuvieron el éxito esperado debido a que los afectados interpusieron acciones ante el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, instituciones que bajo la teoría de los derechos adquiridos no permitían ningún tipo de alteración del régimen del Decreto Ley N° 20530, ni la exclusión o desconocimiento de derechos de sus beneficiarios.

II. DERECHOS ADQUIRIDOS Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE SEGURIDAD SOCIAL: LA REGLA Y LA EXCEPCIÓN ANTES DE LA REFORMA.

Tal como hemos podido observar todas las medidas que se tomaron para modificar régimen previsto por el Decreto Ley N° 20530 fueron finalmente mediatizadas en sus efectos por el Poder Judicial y por el Tribunal Constitucional (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2004, p. 12) quienes actuaron en cumplimiento de lo dispuesto por la primera disposición transitoria y final de la Constitución. Y es que cualquier medida que disminuya los beneficios consagrados en dicha norma era considerada como una medida que infringía la teoría de los derechos adquiridos que nuestra Constitución consagraba en materia pensionaria, y por tanto inconstitucional.

Pero, ¿Qué debemos entender por derechos adquiridos? ¿Es esta la regla que regía en nuestro ordenamiento jurídico?

Ante estas interrogantes hemos decidido explicar brevemente el concepto de derechos adquiridos para luego analizar las distintas sentencias del Tribunal Constitucional en las cuales se ha pronunciado respecto a la regla y a la excepción que regían en nuestro ordenamiento jurídico antes de la reforma.

2.1. Vigencia de las normas en el tiempo: de los hechos cumplidos y los derechos adquiridos.

En todo Estado de derecho la regla general que regula la vigencia de las normas en el tiempo es la irretroactividad, lo cual quiere decir que las normas rigen a partir del momento en que empiezan su vigencia. Sin embargo, esta regla tiene una excepción, la retroactividad, la cual es aceptada por algunos ordenamientos.

El fundamento de la irretroactividad se encuentra en la seguridad jurídica; mientras que el de la retroactividad se sustenta en la protección de aquellos sujetos que están en situación de desventaja (NEVES, 2004, p. 91). Ello quiere decir que la retroactividad sólo es posible en aquellos casos en los que sea benigna para el sujeto tutelado. Sin embargo, no hay una única lectura de los conceptos de irretroactividad y retroactividad, las interpretaciones son básicamente dos y dependen de la teoría que haya adoptado el Estado, esto es la teoría de los hechos cumplidos o la teoría de los derechos cumplidos.

Según la teoría de los hechos cumplidos nos encontramos ante una situación de irretroactividad cuando los efectos no cumplidos del acto celebrado al amparo de la antigua norma pasan a regirse de forma inmediata por la nueva norma, esto es a partir de su entrada en vigencia. Mientras que habrá retroactividad, si los efectos ya cumplidos del acto en cuestión son revisados en virtud de la norma posterior.

Ello quiere decir que en una sucesión de mejora la consecuencia es óptima para los trabajadores antiguos a quienes se les otorgará el beneficio de forma inmediata[6]; mientras que si la sucesión es de disminución la consecuencia es perjudicial porque su beneficio se rebaja[7].

Por su parte, la teoría de los derechos adquiridos señala que la irretroactividad consiste en que los efectos no cumplidos de un acto celebrado al amparo de una norma derogada continúen rigiéndose por ésta, mientras se produzcan. En cambio, la retroactividad supone que los efectos no cumplidos de tal acto se rijan inmediatamente por la nueva norma desde su entrada en vigencia.

Ello quiere decir que en una sucesión de mejora la consecuencia es perjudicial para el trabajador porque no podría acceder al nuevo beneficio; mientras que si la sucesión es de disminución la consecuencia es óptima, puesto que los trabajadores antiguos retienen el derecho a percibir el mayor beneficio[8].

---

[6] **Tal como se puede observar si el ordenamiento laboral siguiera una tendencia progresiva la teoría de los hechos cumplidos sería la más ventajosa. Pero el problema se presenta en los períodos críticos, es decir, en aquellos casos en los que la sucesión es de disminución.**

[7] Hemos desarrollado este punto desde la irretroactividad. Cabe indicar que la retroactividad se admite únicamente cuando es benigna.

[8] Hemos desarrollado este punto desde la irretroactividad. Cabe indicar que la retroactividad se admite únicamente cuando es benigna.

Asimismo, la clave para ambas teorías se encuentra en el momento en el que se adquiere el derecho y se cumple el hecho. Respecto al momento en el cual se adquiere un derecho hay tres posiciones doctrinarias. Para la primera basta que la relación jurídica se haya constituido; para la segunda, es necesario que se haya producido el supuesto de hecho; y para la tercera se requiere que se haya comenzado a disfrutar del beneficio (DEFENSORIA DEL PUEBLO, 2004, p. 18). Por su parte, respecto al momento en el que se cumple el hecho se debe distinguir entre aquellos que se cumplen únicamente una vez y aquellos que lo hacen de forma periódica (NEVES, 2004, p. 93).

En nuestro ordenamiento jurídico la Constitución de 1993 no tenía ningún artículo en el que se hiciera referencia expresa a la adopción de alguna de las dos teorías; sin embargo, el Tribunal Constitucional, que es el intérprete supremo de la Constitución, tenía una opinión distinta, la cual desarrollaremos a continuación.

2.2. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto a la teoría que rige en nuestro ordenamiento: pronunciamientos antes de la reforma.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a la teoría que rige en nuestro ordenamiento con ocasión de los procesos de inconstitucionalidad del Decreto Ley N° 25967[9] y el Decreto Legislativo N° 817[10]. Cabe precisar que ambas normas intentaron modificar las condiciones para la percepción de las pensiones de jubilación, lo cual motivó la interposición de ambos procesos de inconstitucionalidad, publicados en el diario El Peruano en la separata de normas legales el 26 de abril de 1997. Desarrollaremos brevemente ambos pronunciamientos.

a) Decreto Ley N° 25967

En la sentencia bajo comentario el Tribunal Constitucional se pronunció respecto a tres temas importantes: la teoría que rige en nuestro ordenamiento, la

[9] Sentencia del 23 de abril de 1997 del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, proceso de inconstitucionalidad del Decreto Ley N° 25967, Exp. N° 07-1996-AA/TC.

[10] Sentencia del 23 de abril de 1997 del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, proceso de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 817, Exp. N° 08-1996-AA/TC.

definición de un derecho adquirido y el momento en el cual se produce la adquisición de un derecho.

Respecto a lo primero el Tribunal Constitucional sostuvo que la Constitución adopta como regla general la teoría de los hechos cumplidos y como excepción, para el ámbito pensionario, la teoría de los derechos adquiridos. Los fundamentos de esta afirmación se encuentran, a criterio del Tribunal, en que *"la Constitución consagra la teoría de aplicación inmediata de la norma"* al establecer que *"la obligatoriedad de la vigencia de las leyes, opera desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial"*, ello conforme al artículo 109°, el cual establece que la Ley rige desde el día siguiente de su publicación, lo cual es acorde con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil (Fundamento 10).

Asimismo, el Tribunal Constitucional afirma que hay derechos adquiridos en materia pensionaria, lo cual advierte como *"una situación de excepción que permite que un conjunto de normas sean aplicadas ultractivamente, por reconocimiento expreso de la disposición constitucional, a un grupo determinado de personas, quienes mantendrán sus derechos nacidos al amparo de una ley anterior, aunque la misma haya sido modificada posteriormente"* (Fundamento 10).

Respecto a lo segundo, el Tribunal Constitucional señaló que los derechos adquiridos son *"los que han sido incorporados en el patrimonio jurídico de los pensionistas"* (Fundamento 10).

Finalmente, respecto al tercer tema, el Tribunal Constitucional señaló que se debe hacer una distinción entre pensiones originarias y derivadas, es decir entre aquellas que genera el titular a su favor y aquellas que produce en beneficio de sus familiares.

Respecto a la pensión originaria señaló que ésta se adquiere cuando se produce el supuesto de hecho previsto en la norma (Fundamento 11). Ello quiere decir que para el Tribunal Constitucional se adquiere el derecho en el momento en que se haya producido el supuesto de hecho previsto en la norma, siendo compatibles con la Constitución todas aquellas modificaciones legislativas que operen hacia futuro y que por ende afecten derechos no adquiridos. Por otro lado, respecto a las pensiones derivadas el Tribunal Constitucional señaló (en el Fundamento 16 de

la sentencia sobre la Ley 27617)[11] que ésta se adquiere cuando el titular cumple los requisitos para percibir una pensión de jubilación o cesantía. Ello, de acuerdo a la Defensoría del Pueblo, generaría situaciones absurdas, tales como que un pensionista soltero genere beneficios a favor de un cónyuge inexistente o a favor de hijos no concebidos (2004, p. 22).

b) Decreto Legislativo N° 817

En este proceso el Tribunal Constitucional sostuvo que una correcta interpretación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución *"no puede ser otra que la de consagrar, a nivel constitucional, los derechos adquiridos en materia pensionaria por los pensionistas sujetos a los regímenes de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530"*, lo que es posible en la medida que esta disposición *"permite, de modo excepcional, que un conjunto de normas se apliquen ultraactivamente"* (Fundamento 15 y 17).

c) Los excesos del Tribunal Constitucional

Al respecto, la Defensoría del Pueblo ha indicado en su Informe Defensorial N° 085 que el Tribunal Constitucional confundió la vigencia de las normas en el tiempo con sus efectos sobre las relaciones y situaciones jurídicas existentes (2004, p. 19). Es más, Javier Neves ha señalado que el hecho que las normas entren en vigencia con posterioridad a su publicación no implica la adopción de ninguna teoría (2004, p. 94). Para saber cual es la teoría por la cual ha optado el Estado bastará con verificar si al entrar en vigencia una norma afecta o no las relaciones y situaciones existentes.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional debió realizar una lectura *contrario sensu* de las disposiciones de la Constitución, lo cual supone llegar a la regla en base a la excepción establecida en el artículo 62° de la Constitución y en la primera disposición final y transitoria, esto es si la excepción es la teoría de los derechos adquiridos, la regla debe ser la teoría de los hechos cumplidos.

[11] Sentencia del 27 de junio de 2003 del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, Caso Cinco mil ciudadanos, sobre la Constitucionalidad de la Ley N° 27617, referida a Reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones, Expediente N° 002-2003-AI/TC.

A pesar de no haber tomado en cuenta estos elementos, el Tribunal Constitucional reconoció en aquel momento que en nuestro ordenamiento regía la teoría de los hechos cumplidos como regla general, y que la excepción era la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria[12]. Así, lo ha señalado la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando en el caso de los cinco pensionistas señaló que *"En lo que se refiere a si el derecho a la pensión es un derecho adquirido o no, esta controversia ya fue resuelta por la Constitución Política del Perú y por el Tribunal Constitucional peruano"* (Punto 96), *"el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto Ley N° 20530, en el sentido de que se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas"*. (Punto 102)[13]

d) Rectificaciones del Tribunal Constitucional: el cambio de posición.

La adopción de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, hicieron que el Tribunal Constitucional califique de inconstitucional cualquier medida que intente limitar los derechos de los pensionistas del Decreto Ley N° 20530, con lo cual los problemas financieros de éste régimen empezaron a incrementarse[14]. Es así como el Tribunal Constitucional se vio obligado a cambiar algunos de sus criterios, sobre todo aquellos que supusieron la apertura y la ampliación de los beneficios de un régimen que debía permanecer cerrado.

---

[12] **Cabe indicar que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución prevé una aplicación mixta, ya que en los casos de sucesión de disminución nos regiremos por la teoría de los derechos adquiridos mientras que en los casos de sucesión de mejora se aplicaría la teoría de los hechos cumplidos.**

[13] Sentencia del 28 de febrero de 2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Cinco pensionistas" vs. Perú.

[14] El Ministerio de Economía y Finanzas ha indicado que el costo del Decreto Ley N° 20530 representa el 17% de los ingresos tributarios del Gobierno Central y el 81% de la inversión pública, lo cual quiere decir que recursos que podrían destinarse a sectores prioritarios tales como salud, educación e infraestructura deben ser destinados al pago de pensiones de 290 mil pensionistas quienes representan el 2.5% de la PEA del país (Ver: http://www.proyecto20530.gob.pe/pagina2.htm.). Es más, el propio Ministerio ha llegado a señalar que 84 de cada 100 nuevos soles que reciben los pensionistas de la Decreto Ley N° 20530 son subsidiados con dinero del Estado (Ver: http://www.mtps.gob.pe/mostrar_noticia.php?id_actividades=294)

El primer paso fue dado en el proceso de amparo seguido por Carlos Maldonado Duarte contra la Superintendecia de Banca y Seguros y la Oficina de Normalización Previsonal (Exp. N° 0189-2002-AA/TC)[15], en el cual se pronuncio sobre tres aspectos importantes.

En primer lugar señaló que "(...) teniendo en cuenta que la Constitución Política del Perú promueve un sistema de seguridad social, no sólo justo, sino también factible, eficaz y sostenido por cálculos actuariales realistas, este Colegiado habida cuenta de la especial trascendencia del caso ha considerado reabrir y profundizar el examen de la materia, y en armonía con otras disposiciones de la Carta Magna, entre las que destaca la su Segunda Disposición Final y Transitoria, ha resuelto apartarse del criterio adoptado[16] **precisando que en los casos análogos no está abierto el acceso a régimen del Decreto Ley N° 20530"** *(Fundamento 11).*

En segundo lugar señaló que "(...) **los años de formación profesional no se anteponen al inicio de la relación laboral con el Estado,** se agregan con posterioridad al requisito de los años efectivamente servidos al Estado" *(Fundamento 10).*

En tercer lugar señaló que **"la nivelación debe efectuarse con referencia al funcionario o trabajador de la Administración Pública** que no esté dentro del régimen laboral privado, que se encuentre en actividad, **del nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese"** *(Fundamento 15).*

Otro paso importante se dio con ocasión del proceso de inconstitucionalidad de la Ley N° 27617, en la cual el Tribunal Constitucional hizo una reflexión sobre la incidencia económica de sus pronunciamientos en materia pensionaria. Así, el Tribunal Constitucional señaló que *"los regímenes pensionarios de los Decre-*

[15] Sentencia del 18 de junio de 2003 del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, proceso de amparo seguido por Carlos Maldonado Duarte contra la Superintendecia de Banca y Seguros y la Oficina de Normalización Previsonal, Exp. N° 0189-2002-AA/TC.

[16] Aquí el Tribunal Constitucional se refiere al caso Medina Pantoja. En este caso el Tribunal Constitucional estableció como criterio interpretativo que "ante conflicto de normas se opta por la aplicación de aquella que da acceso a la pensión" (Expediente No. 1256-2001-AA/TC publicado el 06 de agosto de 2002.

tos Leyes N° 19990 y 20530 no fueron creados, con los alcances que tienen, por este Tribunal, ni tampoco le corresponde realizar los ajustes necesarios", los que a criterio de la Defensoría del Pueblo requieren de una reforma de la Constitución (2004, p. 26) posibilidad que también es compartida por el Tribunal Constitucional al señalar que *"siempre queda como última posibilidad, que dicho régimen constitucional sea modificado o suprimido"* (Fundamento 14).

III. EL DESARROLLO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

El cambio en el criterio del Tribunal Constitucional fue importante; sin embargo, para solucionar los problemas del Decreto Ley N° 20530 era necesario dar un paso más, pues todavía permanecía en el ordenamiento jurídico la primera disposición transitoria y final de la Constitución. Ello quiere decir que de suprimirse esa norma desaparecería la posibilidad de que un juez o incluso el mismo Tribunal Constitucional pueda aplicar la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, siendo viable la aplicación inmediata de cualquier norma que intente modificar lo dispuesto por el Decreto Ley N° 20530.

Así, lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, el cual como parte del fundamento 14 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 002-2003-AI/TC, Caso Cinco mil ciudadanos, sobre la Constitucionalidad de la Ley N° 27617, referida a Reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones, señaló que:

"(...) **con el objeto de evitar que una generación pueda condicionar el futuro de las sucesivas, la Constitución ha instituido la función de la reforma constitucional.** Tal posibilidad y la oportunidad de su ejercicio, sin embargo, no es un asunto que se encuentre dentro de las competencias de este Tribunal - como ya se ha expresado en la STC N° 0189-2002-AA/TC, Fundamento N° 20- , sino en las del órgano al que se ha investido de tal función, a través del procedimiento preceptuado en el artículo 206 de la Constitución".

Es así como el 17 de noviembre de 2004 fue publicada en el diario oficial El Peruano la Ley N° 28389 que dispuso la reforma de los artículos 11°, 103° y la primera disposición final y transitoria de la Constitución, cuyas reglas fueron desarrolladas por la Ley N° 28449, publicada el 30 de diciembre del 2004.

Los principales objetivos de la reforma constitucional fueron los siguientes[17]:

1. Corregir las desigualdades en el tratamiento de pensiones a fin de evitar la inequidad entre los pensionistas de la 19990 y la 20530, la cual se manifiesta en dos aspectos: menores requisitos para acceder a la pensión y mayores beneficios[18]. Estas desigualdades pueden ser advertidas en el siguiente cuadro:

	DL N° 20530	DL N° 19990
Número de pensionistas	295,000	409,000
Tiempo mínimo de servicios para jubilarse.	Hombres 15 Mujeres 12.5 Hasta S 30,000	Hombres 20Mujeres 20 1 200
Pensión máxima mensual	Hasta 1, 267	507
Pensión promedio	Viudez, orfandad, hijas	Viudez 50% y orfandad
Pensión de sobrevivencia	solteras hasta 18 años	hasta 20 %
Edad mínima para jubilarse	No existe	65 años

La reforma no afecta a los pensionistas del Decreto Ley N° 19990.

2. Eliminar el mecanismo de nivelación por su impacto negativo. La nivelación ha causado la informalización y el desorden de las remuneraciones del sector público debido a que se aprobaron bonificaciones no pensionables, pagos fuera de planilla, entre otros, para evitar el efecto espejo[19]. Con estas medidas el Estado pretendió evadir un beneficio que resultaba inviable fiscalmente[20].

[17] Ver exposición de motivos de la Ley de Desarrollo de la Reforma Constitucional del Régimen de Pensiones del Decreto Ley N° 20530.

[18] La pensión promedio del sistema nacional de pensiones asciende a S/. 507 mensuales mientras que las pensiones derivadas del decreto ley 20530 es 2.5 veces superior al del casi 75 % de los pensionistas del Decreto Ley N° 20530 perciben más de 800 soles.

[19] **El efecto espejo significa que las pensiones nivelables deben ajustarse ante cualquier variación de los sueldos de Estado. Ello implica que cada sol que se destinara a mejorar el pago de los funcionarios públicos tendrá un efecto multiplicativo en el presupuesto, pues no solo habría que aumentar los sueldos de los trabajadores activos, sino también las pensiones correspondientes.**

[20] Proyecto de Ley de Desarrollo de la Reforma Constitucional del Régimen de Pensiones del Decreto Ley N° 20530. p. 13.

3. Dar solución al problema fiscal generado. Este régimen esta originando un costo fiscal creciente, el cual debe ser detenido. De lo contrario se convertirá en una amenaza para el equilibrio fiscal y para la calidad del gasto público[21].

IV. EL DESARROLLO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La Ley de reforma constitucional, Ley N° 28389 dispuso lo siguiente:

1. Modificación al artículo 11° de la Constitución (artículo 1 de la Ley N° 28389) al cual se le agrega lo siguiente: *"La Ley establecerá la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado"*. Esta modificación obedece a la necesidad de tener una entidad encargada de la administración de las pensiones, es decir, una administración centralizada de las mismas, lo cual no había sido posible por los distintos fallos del Tribunal Constitucional que consideraban inconstitucional la creación de cualquier organismo que se encargue de otorgar derechos pensionarios.

2. La modificación del artículo 103° de la Constitución (artículo 2 de la Ley N° 28389). Con esta modificación se establece que la regla en nuestro ordenamiento jurídico es la teoría de los hechos cumplidos. Sin embargo, esta modificación no era suficiente para que se puedan efectuar los cambios en el Decreto Ley N° 20530, pues era necesario eliminar la disposición que permitía la aplicación de los derechos adquiridos en materia pensionaria.

3. Es por ello que se propone la sustitución de la primera disposición final y transitoria de la Constitución y con ello la desaparición de la teoría de los derechos adquiridos en materia de pensiones. Así, el nuevo texto de esta disposición final y transitoria establece el cierre definitivo del régimen pen-

[21] En el año 2002 más de S/. 6, 000 millones de los tesoros ordinarios del tesoro público fueron dedicados a gastos provisionales (ello representó el 85% del servicio de la deuda externa del Gobierno, 104% del total del presupuesto de inversiones y 310% del total del presupuesto para Salud. (GONZÁLES, 2004, p 371). En el año 2000, los 3863 millones considerados en el presupuesto del sector público, fueron cubiertos casi en su totalidad con recursos ordinarios del tesoro público (GAMARRA, 2004, p. 427).

sionario del Decreto Ley N° 20530 (artículo 3 de la Ley N° 28389) y prohíbe las nuevas incorporaciones y reincorporaciones a éste régimen. Cabe precisar, que los trabajadores que pertenecían a dicho régimen pero que no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deben optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de AFP.

Asimismo, hay una clara tendencia a desaparecer toda referencia a la nivelación, pues se establece que no se podrá prever en las nuevas reglas sobre pensiones la nivelación de las pensiones con las remuneraciones y que las modificaciones que se establezcan en los regimenes de pensiones actuales y futuros no deberán regirse por la nivelación.

Por otro lado, se prohíbe la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una (1) Unidad Impositiva Tributaria (en adelante, UIT) y se establece que la ley dispondrá la aplicación progresiva de topes para aquellas remuneraciones que excedan esa misma unidad de referencia. Cabe indicar que el entonces Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, Javier Neves Mujica, precisó que el establecimiento de topes no significaba congelar las pensiones, como erróneamente sostuvo un sector[22]. Y es que aparentemente la nivelación como mecanismo de reajuste era una garantía, en la medida que opera automáticamente; sin embargo, se debe tener en cuenta que muchos incrementos remunerativos fueron establecidos con carácter no pensionable a fin de evitar la nivelación[23].

Finalmente, se establece que el ahorro que provenga de la aplicación de las nuevas reglas será destinado a incrementar las pensiones más bajas y se autoriza al Gobierno a declarar la nulidad de las pensiones que hayan sido obtenidas ilegalmente (Artículo 3 de la Ley N° 28389).

Por su parte, la Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530, Ley N° 28449, estableció lo siguiente:

[22] Información de la Oficina de Comunicación Social y Relaciones Públicas del Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo de fecha 30 de setiembre de 2004 (Ver: http://www.mtps.gob.pe/mostrar_noticia.php?id_actividades=294)

[23] Ver: http://www.proyecto20530.gob.pe

1. Sólo se consideran incorporados al régimen regulado por el Decreto Ley N° 20530 aquellas personas que hayan cumplido con todos los requisitos vigentes al momento de la generación del derecho (entiéndase pensión de jubilación e invalidez). Este beneficio también se hace extensivo a los beneficiarios del trabajador o pensionista, actuales o futuros, que cumplieron los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivencia (artículo 2 de la Ley N° 28449). Ello quiere decir que la reforma solo afectará a los trabajadores activos perteneciente al Decreto Ley N° 20530 que aun no cumplen con los requisitos antes señalados. (primera disposición transitoria de la Ley N° 28449).

2. Se establece que el monto máximo de la pensión ya sea de jubilación cesantía o invalidez asciende como máximo a dos (2) UIT, vigentes a la fecha del pago (artículo 3 de la Ley 28449). Aquellas pensiones que superen este monto se reducirán anualmente en 18% hasta alcanzar el tope correspondiente (tercera disposición transitoria de la Ley 28449).

3. Eliminar el mecanismo de nivelación de las pensiones con las remuneraciones. Este sería remplazado por un sistema que permite el reajuste de las pensiones de los beneficiarios que hayan cumplido 65 años o más y cuyo monto no exceda de una (1) UIT (Artículo 4 de la Ley N° 28449).

4. Se establecen reglas para el cálculo de las pensiones de cesantía e invalidez que se reconozcan a partir de la vigencia de esta Ley. Cabe señalar que las reglas son distintas para hombres y mujeres, así como también para aquellos trabajadores que hayan obtenido un aumento de sus remuneraciones (artículo 5 de la Ley N° 28449).

5. Futuras pensiones de sobrevivientes serán iguales a las que reciben los pensionistas del Decreto Ley N° 19990 (artículo 7 de la Ley N° 28449).

6. El ahorro obtenido por la pensión máxima será destinado a subir las pensiones más bajas del Decreto Ley N° 20530 (cuarta disposición transitoria de la Ley N° 284449).

V. LA SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA.

Ante la promulgación y vigencia de las dos Leyes antes señaladas que supusieron la reforma de la Constitución en lo relativo al régimen pensionario se interpusieron una serie de demandas que reclamaban la inconstitucionalidad de ambas normas por atentar contra los derechos a la seguridad social, a la pensión y a la propiedad; así como, contra los principios de dignidad, igualdad, irrenunciabilidad, progresividad, irretroactividad, seguridad jurídica e intangibilidad de fondos de la seguridad social.

Estas demandas fueron resueltas por el Tribunal Constitucional con la Sentencia del 3 de junio de 2005[24], la cual declaró infundadas las demandas acumuladas en el extremo que impugnaban la constitucionalidad de la Ley N° 28389 y fundadas en parte las demandas acumuladas en el extremo que impugnaban la constitucionalidad de la Ley N° 28449[25].

Debido a la extensión de la sentencia en referencia vamos a desarrollar brevemente algunos puntos, básicamente los que nos parecieron más importantes, para luego centrarnos en el punto relativo al contenido esencial del derecho a la pensión. Sobre este último punto nos interesa analizar si es que la nivelación puede ser considerada como parte de su contenido esencial, sobre todo porque éste ha sido uno de los temas más cuestionados de la reforma.

[24] Sentencia del 3 junio de 2005 del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, Proceso de inconstitucionalidad de la Ley 28389 de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530.

[25] Los puntos que fueron declarados inconstitucionales son: el conector conjuntivo 'y' del inciso c del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530 modificado por la Ley N° 28449, la frase 'hasta que cumplan los veintiún (21) años' del literal a del artículo 34 del Decreto Ley N° 20530 y por conexidad, la misma frase del literal b del artículo 55 del Decreto Ley N° 20530, Asimismo, la frase 'Hasta que el beneficiario cumpla veintiún años' del literal a del artículo 56 del Decreto Ley N° 19990, el primer párrafo del artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449 y por conexidad la oración 'El monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento del monto de la pensión de invalidez o jubilación que percibía o hubiera podido percibir el causante' del artículo 57 del Decreto Ley N° 19990, la frase 'de viudez' de la primera oración y del literal b del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530 y por conexidad la misma frase del artículo 54 del Decreto Ley N° 19990.

5.1. Principales temas abordados por la sentencia del Tribunal Constitucional relativa a la demanda de inconstitucionalidad de la Ley N° 28389 y la Ley N° 28449.

a) De la afectación de los derechos fundamentales:

De acuerdo a los demandantes, la reforma pensionaria ha afectado los derechos fundamentales de un grupo determinado de personas esencialmente los derechos adquiridos de los pensionistas del Decreto Legislativo N° 20530. Ello a criterio de los demandantes estaría vedado para el legislador, por lo que se convierte en ilícita una reforma constitucional sobre todo si esta es peyorativa, es decir, si disminuye o suprime los derechos fundamentales. A criterio de los demandantes sólo sería válida aquella reforma cuyo objeto sea ampliar u optimizar los derechos fundamentales enunciados o que reconozca nuevos derechos fundamentales (Fundamento 31).

La reforma era considerada peyorativa, pues la seguridad social, prevista en el artículo 10 de la Constitución, y el derecho a la pensión, reconocido por el artículo 11 de la misma, habían sido disminuidos en su contenido esencial, lo cual a su vez revela un quebrantamiento del límite material al poder de reforma constitucional, previsto en el último párrafo del artículo 32 de la Constitución.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la reforma no infringe su contenido esencial y que su implementación por el Congreso ha sido razonable (Fundamento 45). Así, señaló que *"la reforma constitucional no degrada la jerarquía normativa del derecho fundamental a la pensión, puesto que su contenido esencial se mantiene irreductible y sujeto a las garantías de protección procesal en la vía constitucional, propias de este derecho. No se produce una pérdida de su carácter de derecho fundamental, ni la supresión del mismo, en la medida que el constituyente continúa brindando la cobertura constitucional a su contenido esencial (tema que será desarrollado infra), reservando al legislador ordinario la competencia de configurar y desarrollar el contenido no esencial y adicional del referido derecho"*. (Fundamento 77)

Frente a esta afirmación el Tribunal Constitucional tuvo que analizar la constitucionalidad de la medida a la luz de los principios fundamentales que inspiran la interpretación de los derechos fundamentales comprometidos en el presente caso.

b) El principio de la dignidad humana, principio de igualdad, principio de solidaridad, el principio de progresividad y el equilibrio presupuestal:

El Tribunal Constitucional señaló que existe un derecho a la dignidad pensionaria (Fundamento 46), que la aplicación del principio de igualdad no excluye el tratamiento diferenciado (Fundamento 47) y es deber del Estado acabar con los privilegios pensionarios que contravengan un orden constitucional solidario (Fundamento 48), todo lo cual se estaría cumpliendo en el presente caso.

Además, señaló que la reforma no atenta contra el principio de progresividad, pues se trata de una reducción objetiva y proporcional de pensiones que pertenecen a una minoría, la cual ha sido prevista en línea de equidad con el propio derecho a una pensión de acuerdo con el principio de dignidad humana de la mayoría (Fundamento 49).

Finalmente, ha señalado que el Estado debe, al momento de sufragar los costes del pago de una pensión, observar el principio del equilibrio en su presupuesto (Fundamento 50), lo cual explica que el Congreso, entre otras consideraciones, haya acudido a razones de orden económico para justificar la aprobación de la reforma constitucional cuestionada. Incluso ha llegado a señalar que ni el contenido social de la Constitución puede justificar los altos montos pensionables de un número de personas adscritas al régimen del Decreto Ley N° 20530. Por el contrario, ha señalado que los altos montos destinados al pago de estas pensiones deberían dirigirse para reajustar las pensiones de los menos favorecidos, y así evitar iniquidades para el futuro del sistema pensionario (Fundamento 44).

c) Pensión como derecho humano o derecho fundamental:

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que los derechos humanos son aquellos derechos que portan todos los seres humanos por su condición de tales (Fundamento 71), mientras que los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran regulados en la Constitución. En atención a ello, los derechos

fundamentales, sirven para *"(...) designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales"* (Fundamento 72)

Cabe señalar que *"la necesidad de una delimitación conceptual de los derechos fundamentales, con relación a otras categorías como los derechos humanos, obedece a la suma importancia de éstos derechos dada la función que cumplen dentro del Estado social y democrático de Derecho"* (Fundamento 72). En esa línea de ideas la pensión ha sido definida como un derecho fundamental y no como derecho humano, debido a que es un derecho que ha sido incorporado al ordenamiento constitucional.

Hecha esta precisión debemos señalar que los demandantes indicaron que la prohibición de nivelación de las pensiones con las remuneraciones establecida por la Ley de reforma vaciaba de contenido el derecho pensionario nivelable reconocido por la primera disposición final y transitoria, por ser esta la característica propia y singular del régimen previsional del Decreto Ley N° 20530 (Fundamento 74).

Frente a ello, el Tribunal Constitucional señaló que *"a diferencia de los artículos 10 y 11 de la Constitución, con mandatos de derechos fundamentales, la primera disposición final y transitoria sólo aparece como una fórmula de protección de bienes jurídicos, que goza de reconocimiento constitucional, pero que no puede reputarse como protectora de derecho fundamental"* (Fundamento 74). Es por ello que el Tribunal Constitucional afirma que *"no comparte lo señalado por los demandantes respecto a la desfundamentalización del derecho a la pensión y la seguridad social, en lo que se refiere a la nivelación de las pensiones de jubilación. La nivelación no es un elemento configurador del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión. La pensión, luego de la reforma constitucional, en ningún momento ha dejado de ser considerada como un derecho fundamental, por lo que deben ser declaradas infundadas en este extremo las demandas planteadas"* (Fundamento 78).

d) Carácter patrimonial del derecho de pensión:

De acuerdo al Tribunal Constitucional no puede considerarse a la propiedad y la pensión como derechos equivalentes, pues *"entre ellas existen diferencias notables que se manifiestan en su naturaleza jurídica, en los actos que pueden realizarse, en el modo de transferencia y en su titularidad"* (Fundamento 97).

Observemos algunos ejemplos. En primer lugar, la naturaleza de la pensión le impide ser un derecho real sobre un bien, por el contrario se trata del derecho de los pensionistas a percibir un pago periódico siempre que hayan cumplido los requisitos legalmente establecidos. En cuanto a los actos de disposición se debe tener en cuenta que la pensión no puede ser objeto de compra-venta, permuta, donación, entre otros, ni es susceptible de expropiación. Además, la pensión no es susceptible de ser transmitida por la sola autonomía de la voluntad del causante, pues se encuentra sujeta a determinados requisitos establecidos en la Ley. Finalmente, en cuanto a la titularidad, ésta no siempre coincide con la persona beneficiaria, por lo que se debe distinguir entre el pensionista y el beneficiario (Fundamento 98).

Sin embargo, queremos precisar que esta relación entre la pensión y el derecho de propiedad surge con ocasión de la sentencia de la Corte Interamericana sobre el Caso de los Cinco Pensionistas vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, en la cual la Corte señaló textualmente que *"los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el Decreto Ley N° 20530 y en los términos del artículo 21 de la Convención Americana"* (Fundamento 103).

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado, además de las precisiones antes señaladas, que la Corte Interamericana también reconoce las posibilidades de la caja fiscal para dar cumplimiento a la progresividad de los derechos fundamentales, tema que, a juicio del Tribunal es de suma importancia. Así, la Corte ha señalado que "(...) los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económi-

cos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente".

e) El derecho a la pensión no incluye la exigencia de la nivelación:

Los demandantes han señalado que la supresión de la nivelación y la aplicación de topes sobre las pensiones constituirían una afectación al derecho fundamental de la seguridad. Así, han señalado que la prohibición de la nivelación de las pensiones *"(...) equivale a vaciar de contenido el derecho pensionario nivelable reconocido por la Primera Disposición Final y Transitoria, por ser ésta la característica propia y singular del régimen previsional del Decreto Ley N° 20530"* (Fundamento 74).

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la reforma no afecta al contenido esencial del derecho fundamental a la pensión en la medida que no forma parte del mismo. Por el contrario, el Tribunal Constitucional ha señalado que ésta forma parte del contenido no esencial del derecho de pensión, el cual al igual que el contenido adicional del derecho pueden ser configurados por el legislador a través de determinadas regulaciones, siempre que ellas no afecten su contenido esencial mediante intervenciones irrazonables que transgredan el principio de razonabilidad y proporcionalidad.

Por otro lado, respecto al tema de los topes los demandantes señalaron que *"el derecho a percibir una pensión nivelada, se ve gravemente afectado, no sólo en cuanto se elimina el derecho a su reajuste futuro por nivelación, sino porque su monto actual se verá reducido año tras año, hasta equipararse al denominado "monto máximo mensual". Esto sería contradictorio con el artículo 10° de la Constitución, conforme al cual la finalidad del derecho a la seguridad social es asegurar a la persona 'la elevación de su calidad de vida"* (Fundamento 100). Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que el establecimiento de topes pensionarios obedece a dos razones esenciales: la disponibilidad económica del sistema de seguridad social y el principio de solidaridad. Por estas consideraciones, y siempre que el Estado garantice el pago de las pen-

siones y los montos de éstas cubran el mínimo de subsistencia, la fijación de topes no pueden ser tachada de inconstitucional.

Nosotros compartimos la opinión del Tribunal Constitucional, pues creemos que no existe un derecho fundamental a la nivelación de la pensión. Si ello fuera así, la nivelación hubiera sido desarrollada por las principales declaraciones y tratados de contenido genérico que regulan el tema de los derechos laborales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el Pacto Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[26], así como por los convenios de la OIT que regulan temas de seguridad social[27].

Sin embargo, ninguno de éstos instrumentos internacionales regula a las pensiones nivelables y sin tope como parte del contenido del derecho a la pensión[28]. Es más, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 001-2004/AI/TC)[29] señala que la doctrina de los derechos adquiridos en materia previsional no supone la existencia de un derecho constitucional *"a la intangibilidad del monto de las pensiones"* porque dichos montos pueden ser reducidos, esto es, limitados legítimamente, bajo determinados requisitos.

Asimismo, la nivelación pensionaria no es una condición intrínseca del Decreto Ley N° 20530, por el contrario fue un elemento que se agregó con posterioridad a su creación.

---

[26] Cabe indicar que las dos declaraciones y todos los tratados a los cuales hemos hecho referencia, se encuentran aprobados y ratificados por el Perú.

[27] Los Convenios que ha ratificado el Perú han sido el Convenio 24, que regula el seguro de enfermedad de los trabajadores de la industria, comercio y del servicio doméstico, el Convenio 25, que regula un seguro de enfermedad para los trabajadores agrícolas, el Convenio 35, que regula el seguro de vejez del trabajador de industria, el Convenio 36 sobre seguro de vejez del trabajador agrícola, el Convenio 38 sobre seguro de invalidez, el Convenio 39 sobre seguro de muerte, el Convenio 40 sobre seguro de muerte del trabajador agrícola, el Convenio 56 sobre seguro de enfermedad de la gente de mar, y el Convenio 102 sobre seguridad social mínima

[28] Hay que tener en cuenta que de acuerdo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre la materia, ratificados por el Perú; lo cual quiere decir que ante cualquier discrepancia sobre el alcance de un derecho habrá que recurrir al tratado.

[29] Sentencia del 27 de setiembre del 2004 del Pleno del Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, acciones de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley 28046, Expediente 001-2004-AI/TC.

Además, hoy en día se destaca la necesidad de un concepto más amplio de la seguridad social, el cual concuerda con el concepto de trabajo decente, y cuyos elementos son los siguientes: la vivienda, la seguridad alimentaria y prestaciones para la educación escolar, además de las eventualidades previstas en el Convenio 102[30] (norma mínima). Debido a que no todas las sociedades pueden permitirse el mismo nivel de seguridad social, la OIT ha propuesto una seguridad social mínima para todos los seres humanos que abarca desde los servicios básicos de salud y los derechos básicos en materia de alimentación, vivienda y educación en los países más pobres, hasta los sistemas de seguro más complejos contra pérdidas de ingresos en los países industrializados (OIT, 2000, p 45).

Tal como se puede apreciar en ninguna de las dos concepciones de la seguridad social (ni la amplia ni mínima) se regula el derecho a una pensión nivelable, lo cual hace evidente una vez más que ésta no forma parte de su contenido esencial. Por el contrario, lo que sí forma parte de éste derecho fundamental es el derecho a percibir una pensión, lo cual no está siendo afectado por la reforma constitucional[31]. Por el contrario, todas las personas comprendidas en el régimen del Decreto Ley N° 20530 continuarán dentro de éste régimen y no perderán su pensión. Las pensiones otorgadas conforme a Ley se respetan.

Estas razones, unidas a lo señalado por el Tribunal Constitucional, nos hacen pensar que no existe un derecho fundamental a la nivelación vitalicia, si ello fuera así estaría previsto en las declaraciones y tratados de derechos humanos a los que hemos hecho referencia. Además, no sería solo un derecho de los pensionistas del régimen de la 20530, como aparentemente estarían pensando quienes están a favor de esta tesis, sino que también sería un derecho de los pensionistas de la 19990 y de los del Sistema Privado de Pensiones.

[30] El Convenio 102 prevé asistencia médica y prestaciones familiares, así como prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez y prestaciones de sobrevivientes.

[31] **Esto solo ocurriría en caso que la reforma pretenda expulsar del régimen del Decreto Ley N° 20530 a los pensionistas incorporados validamente en el, desconociendo su derecho a pensión, lo cual no esta ocurriendo.**

Asimismo, aceptar la posición de aquellos que sostienen que la nivelación forma parte del derecho a la seguridad social sólo supondría amparar el abuso del derecho, el cual está prescrito por nuestra Constitución. Y es que como bien dice el Tribunal Constitucional *"cuando los pensionistas pretenden que se mantenga un sistema de reajuste pensionario sobre la base de una nivelación, no están buscando otra cosa que utilizar ventajosamente su derecho a la pensión, con el propósito de asimilarlo al sistema remunerativo bajo una cuestionable fórmula de 'cédula viva'"* lo cual supone un abuso de derecho que el Tribunal no puede ni debe avalar (Fundamento 65).

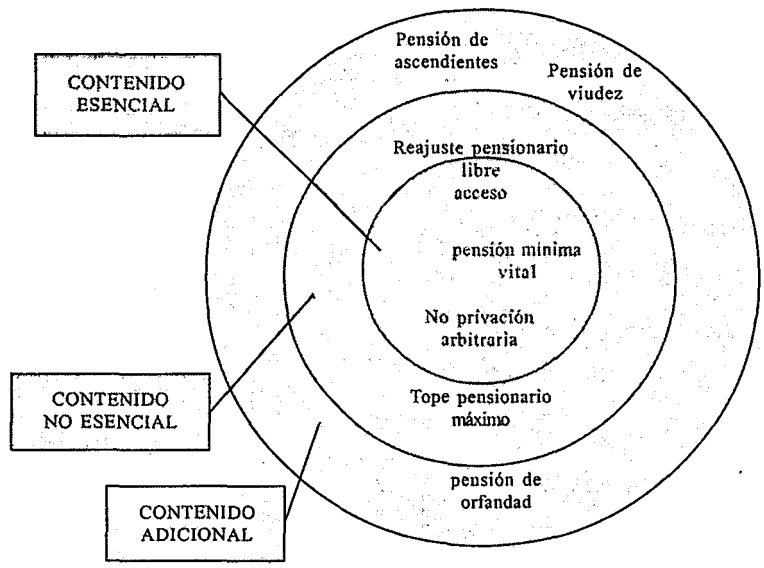
VI. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA PENSIÓN.

Tras haber precisado que la reforma era válida por no afectar el contenido esencial del derecho a la pensión, el Tribunal Constitucional se vio obligado a precisar qué elementos formaban parte de éste derecho. Así, en el fundamento 107 el Tribunal dispuso que forman parte del contenido fundamental del derecho a la pensión:

a) El derecho de acceso a una pensión;
b) El derecho a no ser privado arbitrariamente de ella; y,
c) El derecho a una pensión mínima vital.

Estos tres elementos constituyen el núcleo duro del derecho fundamental a la pensión, los cuales no podrán ser restringidos ni eliminados por el legislador. Pero, qué pasa respecto a los otros elementos que se relacionan a la pensión, tales como el reajuste pensionario, el tope máximo y las pensiones para los beneficiarios. Respecto a los dos primeros, ya lo habíamos adelantado en el punto anterior, éstos forman parte del contenido no esencial del derecho, mientras las últimas forman parte del contenido adicional. Lo descrito puede ser apreciado con mayor claridad en el siguiente gráfico que ha sido elaborado por el Tribunal Constitucional:

Contenidos del derecho fundamental a la pensión



Elaboración: Tribunal Constitucional

Teniendo en cuenta que estos son los elementos que forman parte del contenido esencial del derecho a la pensión, el Tribunal Constitucional afirmó que la Ley de reforma constitucional no afecta dicho contenido en la medida que, si bien establece condiciones para el acceso a un determinado régimen pensionario, no impide el acceso a otros regímenes de pensiones y asegura una pensión mínima. Es más, deja abierta la posibilidad para que sea el propio trabajador quien opte por un régimen público o privado de pensiones (Fundamento 108).

En tal sentido, el artículo 3 de la Ley N° 28389 no es inconstitucional pues no afecta ni el derecho a acceder a una pensión, ni priva arbitrariamente a nadie del acceso a dicho derecho.

Debido a que se determinó que el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión no había sido trasgredido, el Tribunal Constitucional pasó a aplicar test de razonabilidad al establecimiento de los contenidos no esenciales y adicio-

nales a fin de determinar si estos debían ser declarados constitucionales o no. Cabe indicar que la aplicación de este test supone utilizar los tres principios que lo integran, a saber: el principio de idoneidad, el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad.

Respecto al principio de idoneidad el Tribunal sostuvo que debía analizarse si con la reforma de la primera disposición final y transitoria de la Constitución se persigue un fin constitucionalmente legítimo y si, para ello, dicha reforma es idónea. En relación con lo primero, el Tribunal Constitucional señaló que se debe tener en cuenta que lo que se busca con tal reforma es la realización de valores superiores como justicia, igualdad y solidaridad, considerados, desde la perspectiva constitucional, totalmente legítimos. En este sentido, mediante la reforma constitucional de la primera disposición final y transitoria de la Constitución se busca que las personas tengan una pensión equitativa, como exigencia de la realización de los valores superiores justicia e igualdad (Fundamento 111).

Respecto, al análisis del principio de necesidad el Tribunal señaló que la realización de la reforma constitucional de la primera disposición final y transitoria de la Constitución constituye la alternativa más adecuada, y constitucionalmente legítima para reducir y eliminar la brecha existente entre quienes perciben una pensión bastante elevada y los que perciben una pensión ínfima, por lo cual concluye que el principio de necesidad se cumple en el caso concreto (Fundamento 112).

Por último, respecto al análisis del principio de proporcionalidad el Tribunal señaló que lo que debía analizarse era si la realización del fin perseguido era proporcional a la intervención del legislador en el derecho fundamental a la pensión. Sobre esto, el Tribunal insistió en que el contenido esencial del derecho a la pensión está constituido por el derecho de acceso a la pensión, por la prohibición de ser privado arbitrariamente de ella y por el derecho a una pensión mínima vital. En base a estos elementos el Tribunal señaló que la intervención es legítima constitucionalmente, en la medida que el grado de realización del objetivo de la injerencia -justicia e igualdad pensionaria- es proporcional al grado de afectación del derecho; asimismo, porque no lo vacía de contenido ni tampoco desprotege a quienes gozan de él (Fundamento 113).

Con todo ello el Tribunal Constitucional concluye señalando que la intervención del legislador ha sido objetiva, razonable y proporcional, puesto que con tal

reforma se consiguió un fin constitucionalmente legítimo, urgente, necesario y posible, el cual es otorgar la pensión de manera equitativa entre las personas (Fundamento 114).

VII. AMPARO POR VULNERACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN: ASPECTOS A TENER EN CUENTA PARA LA INTERPOSICIÓN DE LAS DEMANDAS.

Dada la trascendencia de la reforma constitucional así como el hecho que el Tribunal Constitucional haya desarrollado el tema relativo a los elementos esenciales del derecho a la pensión, creemos conveniente hacer referencia a una reciente sentencia en la cual el Tribunal ha establecido que aspectos de la pensión pueden ser cuestionados a través del proceso de amparo[32].

El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho fundamental a la pensión es uno de configuración legal debido a que la Ley es la fuente normativa que delimita el contenido directamente protegido por dicho derecho fundamental (Fundamento 33). Es por ello que para el Tribunal Constitucional *"no todos los derechos subjetivos que se deduzcan de las disposiciones contenidas en el régimen legal relacionado al sistema provisional público o privado habilitan un pronunciamiento sobre el fondo en un proceso de amparo"* (Fundamento 35).

Ante esta situación era necesario dejar en claro que aspectos relacionados al derecho a la pensión eran susceptibles de este tipo de proceso a partir de la determinación del contenido esencial del derecho a la pensión. Es por ello que el Tribunal Constitucional emite el siguiente pronunciamiento de observancia obligatoria. Así, merecen protección a través del proceso de amparo:

a) Los requisitos de libre acceso a la seguridad social relativos a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente y que permite dar inicio al periodo de aportaciones al sistema nacional de pensiones. Ello quiere decir que si una persona cumple los requisitos para acceder al siste-

[32] Sentencia emitida el 8 de julio del 2005 por el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, en el recurso de agravio constitucional interpuesto por don Manuel Anicama Hernández, contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, exp. N° 1417-2005-AA/TC.

ma de seguridad social y éste le es negado, entonces podrá interponer una acción de amparo.

b) Las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de una pensión. Ello quiere decir que si una persona cumplió con los requisitos para la obtención de una pensión (jubilación/invalidez) y ésta le es negada, entonces podrá interponer una acción de amparo.

c) Aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar un mínimo vital. Ello quiere decir que solo podrán hacer uso del proceso de amparo aquellas personas cuyas pensiones hayan sido afectadas de tal forma que no se les respete el mínimo vital el cual asciende a S/ 415,00 Nuevos Soles (pensión mínima actual). Si el monto que esta en discusión es igual a esa cantidad o mayor deberán acudir al proceso ordinario.

d) Los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, respecto de una persona que cumple con los requisitos.

e) Las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento que el sistema establezca para personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente analógica

VIII. CONCLUSIONES.

1. Consideramos que el régimen del Decreto Ley N° 20530 adolecía de múltiples imperfecciones, las cuales fueron generadas por la adopción de leyes ampliatorias así como indebidas incorporaciones que concluyeron en un aumento en el número de los afiliados y en el desfinanciamiento del sistema.

2. La primera disposición final original de la Constitución de 1993, al establecer la teoría de derechos adquiridos en materia pensionaria, impidió que se realizara cualquier reforma, pues se consideraba que cualquier medida que tenga este propósito atentaba contra la teoría de los derechos adquiridos que regía en materia pensionaria.

3. Ante esta situación se propuso la necesidad de una reforma constitucional de la cédula viva. Cabe señalar que esta reforma fue cuestionada por un sector de la población al punto que se interpusieron varias demandas de inconstitucionalidad contra las Leyes N° 28389 y N° 28449.

4. Las demandas de inconstitucionalidad fueron resultas por el Tribunal Constitucional, quien las declaró infundadas debido a que la Ley de la reforma:

   a) Ha seguido el procedimiento establecido por la Constitución.
   b) Responde a razones de interés social, sobre todo si se tiene en cuenta el costo que supone para el Estado peruano y las diferencias que se habían desarrollado entre los distintos regímenes pensionarios con ocasión de los beneficios del Decreto Ley Nº 20530.
   c) No se está atentando contra ningún derecho fundamental, la reforma no desconoce el derecho a la pensión y tal como hemos indicado la pensión nivelable no forma parte del derecho fundamental. Nosotros esperamos que el Estado tome las medidas necesarias para cumplir con el reajuste de las pensiones.

5. Cabe señalar que con la propuesta de reforma lo que el legislador no hubiera podido, ni tampoco podría hacer, es eliminar la garantía institucional de la seguridad social, propia de un Estado de Derecho, ni tampoco poner en cuestión los rasgos estructurales del sistema pensionario.

6. Se debe tener en cuenta que el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión está constituido por el derecho al acceso a la pensión, el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella y el derecho a una pensión mínima vital. Estos serían los elementos que el legislador no puede alterar ni desconocer frente a cualquier propuesta de modificación o reforma.

7. Finalmente, se debe tener en cuenta que propio Tribunal Constitucional ha reconocido que no todos los derechos subjetivos que se deduzcan de las disposiciones que regulan el derecho a la pensión habilitan un pronunciamiento sobre el fondo en un proceso de amparo. Es por ello que resulta trascendente la reciente sentencia del Tribunal Constitucional para los futuros demandantes, pues en ella se fijan los aspectos de la pensión que pueden ser materia de un proceso de amparo.

BIBLIOGRAFÍA

1. AVANTO, Cesar. "La crisis de los regímenes de pensiones administrados por el Estado y el futuro de la seguridad social en el Perú. En: Desafíos y perspectivas del derecho del trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú. Lima: SPDTSS, Octubre 2004.

2. DEFENSORIA DEL PUEBLO "Informe Defensorial N° 085: La situación de los sistemas públicos de pensiones de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral, Lima, 2004.

3. Exposición de motivos de la Ley de Desarrollo de la Reforma Constitucional del Régimen de Pensiones del Decreto Ley N° 20530.

4. GAMARRA, Leopoldo. "Futuro de la seguridad social en el Perú: Régimen pensionario del Decreto Ley 20530" En: Desafíos y perspectivas del derecho del trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú. Lima: SPDTSS, Octubre 2004.

5. GONZALES, Cesar. "La necesaria reforma del sistema de seguridad social en pensiones: ¿de la fórmula alternativa entre el sistema público y privado a una relación de complementariedad con prevalencia del sistema privado? En: Desafíos y perspectivas del derecho del trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú. Lima: SPDTSS, Octubre 2004.

6. GONZALEZ, Orlando. "Futuro de los regímenes pensionarios en Perú. Sistema estatal de Pensiones". En: Desafíos y perspectivas del derecho del trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú. Lima: SPDTSS, Octubre 2004.

7. Información de la Oficina de Comunicación Social y Relaciones Públicas del Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo de fecha 30 de setiembre de 2004 (Ver http://www.mtps.gob.pe/mostrar_noticia.php?id_actividades=294)

8.MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS (En: http:// www.proyecto20530.gob.pe)

9. NEVES, Javier. Introducción al Derecho laboral. Lima: PUCP, 2004.

10. NEVES, Javier. "Aplicación de los principios del derecho del trabajo a la previsión social" En: Asesoría Laboral. Lima, junio de 1999.

11. OIT, "Seguridad Social: Un nuevo Consenso". Suiza: OIT, 2002.

Concentración empresarial: ¿Por qué el grupo de empresas es el empleador?

Giuliana Paredes L.
Estudiante de Pregrado en Derecho en la Pontificia Universidad católica del Perú

Sumario

I. introducción. II. La definición del fenómeno de grupo de empresas. III. La responsabilidad solidaria de las empresas que pertenecen al grupo. IV. La regulación jurídica del fenómeno de grupo de empresas en el Perú. V. Alcances del Proyecto de Ley General de Trabajo. 5.1. Definición de grupo de empresas. 5.2. La responsabilidad solidaria entre las empresas del grupo. 5.3. Rasgos adicionales a la definición de grupo que permiten presumir su configuración. 5.4. Consecuencia jurídica de la transferencia o circulación de trabajadores a través de las empresas de grupo. VI. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

"Tradicionalmente, el Derecho del Trabajo se ha distinguido por su carácter eminentemente coyuntural, vale decir, por su intensa dependencia de la coyuntura económica y política en que va a ser aplicado"[1]. Por ello, la identificación de la empresa como uno de los sujetos activos del vínculo laboral es una de las instituciones más dinámicas del engranaje jurídico - laboral que carece de una definición concreta, específica y universal debido a las diversas circunstancias económicas que se encuentran en constante mutación.

De esta manera, el contexto económico-productivo actual ha abarcado una ruta con cambios sustanciales cuyos efectos incidieron en las relaciones laborales. Así, en un momento determinado las bases tradicionales del Derecho del Trabajo fueron la identificación de la empresa dentro del marco del "sistema taylorista o fordista de organización del trabajo, instalado en una estructura jerárquica

[1] LYON-CAEN, G., "Droit du Travail" , París (Dalloz), 1988, p. 10 y ss.

piramidal, integrado por un colectivo elevado de trabajadores, en un ámbito preponderantemente industrial y centralizado que abarca prácticamente la totalidad de las funciones del ciclo productivo y concibiéndose a la empresa como autónoma y autosuficiente"[2]. De igual manera, Jesús Baz Rodríguez señala que una forma de concentración empresarial de igual validez general que el desarrollo empresarial del siglo XX es la gran empresa fordista, productora de bienes estandarizados y ordenada bajo esquemas decisionales jerárquicos cuyo crecimiento dimensional, integraba todas las fases del ciclo productivo y aseguraba su capacidad competitiva[3] .

Consecuentemente, debido a la influencia de la nueva era económica caracterizada por la globalización, la tecnología de vanguardia, el incremento exponencial de la competencia empresarial, la apertura de nuevos mercados, entre otros factores característicos, es que se esgrime una nueva realidad socioeconómica, en la que surgen nuevas formas o modalidades de organizar una empresa, tanto en la ordenación del sistema productivo como en el desarrollo de las relaciones laborales. Es decir, a partir de los factores acotados las empresas se ven obligadas a responder frente a las fluctuaciones de esta nueva era, configurando para dichos efectos estrategias que se materializan en formas o modalidades de organización empresarial, dejando de lado el panorama de la empresa configurada bajo el sistema tradicional taylorista o fordista para pasar a formas más complejas y diversificadas.

En ese sentido, las empresas han configurado estrategias que modifican esencialmente las formas tradicionales de organización, siendo las principales: a) *La descentralización productiva*, fenómeno de reducción de las dimensiones de la empresa, focalizándose en sus actividades medulares y cediendo parte de su ciclo productivo a otras empresas autónomas y distintas. Asimismo, es entendida como "forma de organizar el proceso de elaboración de bienes y de prestación de servicios mediante el recurso de la contratación de proveedores y suministradores externos para la ejecución de ciertas fases o actividades" [4]; y b) *"La concentra-*

[2] MOLERO MARAÑON, LUISA, "Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral", En: Revista Jurídica "La Ley" N° 1, Madrid, 2001, p. 562.

[3] BAZ RODRÍGUEZ, JESÚS, "Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo", Granada, 2002, p. 1 y 2.

[4] VALDÉS DAL-RÉ, FERNANDO, "La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar", Editorial Lex Nova, España, 2002, p. 29.

ción empresarial, fenómeno con raíz económica y con consecuencias jurídicas particulares, mediante el cual dos o más empresas integran sus recursos, a efectos de conseguir un beneficio común, diferente al interés empresarial (el cual "puede" subsistir)"[5]. Dentro de este fenómeno se puede esgrimir la clasificación de concentración empresarial con pérdida de la personalidad jurídica y sin pérdida de la personalidad jurídica. Dentro de las primeras, se encuentran las fusiones por escisión y por absorción; dentro de las segundas, las uniones de empresas más conocidas como grupo de empresas [6].

Así las cosas, "el modelo de la gran empresa industrial suministraba una capacidad de planificación monocéntrica de la producción, supliendo por medio del funcionamiento organizativo las carencias del mercado" [7]. Al emerger nuevas lógicas de industrialización, las grandes organizaciones abandonan el crecimiento dimensional, a favor de fórmulas tendentes a la externalización de su actividad, esto es la descentralización productiva [8]. No obstante, con la irrupción de un nuevo paradigma tecnológico, cabe "una forma diferente de organización del sistema industrial, que se plasma en el surgimiento de nuevos tipos de relaciones interempresariales (de complementariedad, de coordinación, de enlace y de cooperación)" [9].

Centraremos nuestro análisis en la concentración empresarial sin pérdida de personalidad jurídica. La realidad muestra que, en la actualidad, se han originado uniones o coaliciones de empresas, conocidas también como grupo de empresas, cuya existencia se debe al deseo de obtener el poder de una posición competitiva dentro del mercado por medio de la asignación determinada de recursos en todas y cada una de las unidades empresariales que la componen. Asimismo, se pretende la eficiencia de las actividades de cada empresa del grupo dirigidas por una directiva común, la necesidad de inversión, descarga de responsabilidades sin pérdida del control de las unidades independientes que la componen y la disminución

[5] ECHAIZ MORENO, DANIEL, "Los grupos de empresas: Bases para una legislación integral", Primera edición: Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima, Lima, 2001, p. 39.

[6] Ibidem, p. 51.

[7] A. CHANDLER, "La mano visible", MTSS, Madrid, 1987, pp. 106-31.

[8] RIVERO LAMAS, J, "La descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, MTAS, Madrid , 2000, p. 25.

[9] VACCA, "L' Economia delle relazioni tra imprese: dall'espansione dimensionale allo sviluppo per reti esterne, EPI número 51, 1986, p. 9. Citado por: BAZ RODRÍGUEZ, JESÚS, "Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo", Op. Cit. p. 6.

de costos fijos aminorando el riesgo en la gestión. Todo ello obedece a que el modelo empresarial que mejor se ajusta a la dinámica del cambio es la organización de menor tamaño que posee mayor capacidad de respuesta en el contexto económico-productivo caracterizado por las fluctuaciones del mercado y de la tecnología.

Frente al reciente fenómeno de la concentración empresarial expresado en las uniones de empresas, las mismas que conforman un grupo, es evidente que toda norma jurídica tiene por pretensión la de ajustar a ella la vida y la realidad social existente. "No obstante, al margen de las causas que pueden ser muchas, no siempre esta pretensión es satisfecha, debiendo desarrollar, el operador jurídico, un conjunto o serie de actividades que generen por vía indirecta los mismos efectos: la de regular un determinado supuesto de hecho real" [10].

A pesar de lo mencionado, el grupo de empresas resulta ser un modelo de organización empresarial aún no abordado en nuestra legislación laboral actual, de manera tal que hoy en día la realidad reclama su configuración jurídico positiva a fin de superar dificultades a la hora de identificar a uno de los sujetos de la relación laboral, el empleador. "Desde este punto de vista, y como afirma Cruz Villalón, «la persona del empleador, como sujeto del contrato de trabajo constituye una figura instrumental, a efectos de imputación de responsabilidades y correlativa atribución de facultades jurídicas»" [11]. En tal sentido, a fin de subsanâr el vacío legal antes acotado, el Proyecto de Ley General de Trabajo regula en el Capítulo II del Título I de la Primera Parte el fenómeno de concentración empresarial sin pérdida de personalidad jurídica conocido también como grupo de empresas. Así, el referido documento establece principalmente como novedad que las empresas que conforman el referido grupo serán solidariamente responsables por los derechos del trabajador cuando éste haya prestado servicios en varias de las empresas del grupo.

II.- LA DEFINICIÓN DEL FENÓMENO DE GRUPO DE EMPRESAS

En la actualidad, el contexto económico mundial manifiesta una tendencia moderna de estrategia frente a las variaciones bruscas del mercado a través de la

[10] ARCE ORTIZ, ELMER GUILLERMO, "La circulación de trabajadores en el grupo de empresas", Universidad de Cádiz, Sevilla, 2003, p. 28.

[11] MOLERO MARAÑON, MARIA LUISA, Op. Cit. p. 567.

concentración empresarial y de los grupos de empresas. Ejemplos de ello cuyo origen radica en países cercanos para nuestro país son: el Grupo Bassat, Ogilvy & Mather (España), Bavaria (Colombia), Clarín (Argentina), Luksic (Chile), México (México), Vial (Chile)[12]. Asimismo, dicho fenómeno no es ajeno a la realidad peruana, toda vez que en nuestro país tenemos claros ejemplos de conformación de grupos de empresas tales como el "Grupo Arias Dávila, Grupo Backus, el Grupo Brescia, el Grupo Benavides de la Quintana, el Grupo Cosapi, el Grupo Gloria, el Grupo Graña & Montero, el Grupo Ormeño, el Grupo Romero. Obviamente, hay otros que en su momento alcanzaron tal calificativo, como los grupos Banchero, Bertello y Vulcano"[13].

Como bien lo afirmó Manuel Broseta Pont, "el nuevo protagonista del derecho es la gran empresa o los grupos de empresas"[14], toda vez que existe la necesidad de reformular la orientación jurídico laboral del concepto tradicional de empleador (persona jurídica unitaria y autosuficiente capaz de ser sujeto de imputación de derechos y obligaciones laborales), ampliando dicho enfoque a fin de incluir en el mismo a un conjunto de personas jurídicas reconocidas como un grupo, identificándose al grupo como el responsable de derechos y obligaciones laborales toda vez que posee el poder de dirección respecto de la organización y comportamiento del conjunto de las empresas.

Es preciso mencionar que a este fenómeno se le denomina de muy diversas maneras, entre las más comunes se encuentran: *grupos de empresas, grupos empresariales, grupos de sociedades, grupos societarios, grupos de empresarios, grupos económicos, sociedades de empresas y empresas vinculadas económicamente,* entre otros. De todas ellas, a efectos del presente trabajo utilizaremos la denominación de grupo de empresas, porque abarca la sustancia misma del fenómeno de concentración empresarial.

En efecto, la palabra grupo significa pluralidad de seres o cosas que conforman un conjunto, material o mentalmente considerado[15]. Es decir, el grupo de

[12] ECHAIZ MORENO, DANIEL, Op. Cit. p. 113.

[13] Ibidem. p. 99.

[14] BROSETA PONT, MANUEL, "La empresa y la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil". Madrid: Editorial Tecnos, 1965. p. 82.

[15] Voz "grupo". En: Real Academia Española "Diccionario de la lengua española". Vigésimo Primera Edición. Madrid, 1992.

empresas es la pluralidad de empresas que conforman un conjunto materialmente considerado, ya que obedece a un razonamiento de conjunto. Asimismo, como lo menciona Daniel Echaiz Moreno, la denominación de grupo de empresas refleja la esencia de la figura: la agrupación de dos o más organizaciones destinadas a la actividad empresarial[16].

A partir de la denominación de grupo de empresas, cabe mencionar la definición elaborada por Oswaldo Hundskopf Exebio, quien señala que son grupos de empresas aquellas que unidas , conservan por si solas su individualidad, es decir, su independencia por lo menos formal, aunque en algunos ocasiones no en el aspecto funcional, en donde prima una relación de subordinación-dependencia, que se ejerce sometiendo a las mismas a una dirección unificada[17].

En ese sentido, "el grupo de empresas es un fenómeno derivado de la concentración empresarial, de naturaleza multiarticulada, constituido por dos o más empresas jurídicamente autónomas, en el cual existe una dirección unificada destinada a la satisfacción del interés grupal y para lo cual se establecen relaciones de dominación-dependencia, las que importan el control ejercido por uno o varios sujetos dominantes (pudiendo ser alguna de las empresas) sobre la empresa o empresas dominadas"[18].

A partir de lo esbozado, existen diversas características del fenómeno de grupo de empresas, las cuales pueden clasificarse en cuantitativas: *pluralidad de empresas*; y cualitativas: *autonomía jurídica, relación de dominación-dependencia* y *dirección unificada.*

La característica cuantitativa de *pluralidad de empresas* se refiere a la necesaria existencia de dos o más empresas a efectos de que exista el grupo, característica sin la cual sería imposible la conformación del mismo.

---

[16] ECHAIZ MORENO, DANIEL. "La empresa en el derecho moderno". Editorial Gráfica Horizonte. Lima, 2002. p. 76.

[17] HUNDSKOPF EXEBIO, OSWALDO. "Empresa y sociedad: ¿por qué grupos de empresas en lugar de grupos de sociedades?". Informativo Legal Rodrigo. Vol. 152. Editorial Asesores Financieros. Lima, 1999. p. 18 y 19.

[18] ECHAIZ MORENO, DANIEL, "Los grupos de empresas: Bases para una legislación integral", Op. Cit. p. 59.

La *autonomía jurídica* de cada una de las empresas (los elementos del conjunto) que conforman el grupo consiste en la independencia jurídica que permite identificar y, por tanto, distinguir a las empresas (elementos) del grupo (conjunto). Desde un punto de vista externo al grupo, las empresas que conforman el grupo son formalmente constituidas de manera independiente y autónoma de manera tal que es posible identificarlas por la conservación de rasgos típicos esenciales como la denominación o razón social, el capital social, el objeto social, los titulares de las acciones, entre otros. Cabe mencionar que desde un punto de vista interno al grupo, la referida independencia puede verse relajada en función de la organización del grupo, es decir, existe en el ámbito interno el establecimiento de ciertos parámetros de comportamiento de las empresas que conforman el grupo.

La *relación de dominación-dependencia* significa aquella relación que entraña un cierto grado de influencia en la organización interna de la empresa en lo que respecta a su gestión, de tal forma que la empresa dominada dependa de lo que decida la que domina. Es decir, a partir de parámetros esbozados por el sujeto que detenta el poder de dirección en el grupo de empresas es que las empresas que lo conforman se verán sometidas a dichas decisiones.

Por otro lado, según Daniel Echaiz Moreno señala que existen cinco elementos que van apareciendo sucesivamente, a efectos de la existencia de "la relación dominación-dependencia, pero que se mantienen en el tiempo. Ellos son: dominación, intensidad, duración, control y dependencia. De la interacción de estos factores tenemos que la dominación intensa y duradera ejercida por un sujeto sobre una sociedad genera para el primero el control y, para la segunda la dependencia"[19].

No debemos confundir el término dominación del de control, toda vez que el primero constituye "la capacidad que tiene un sujeto para ejercer influencia sobre una sociedad, imponiéndole conductas empresariales aun en contra de su voluntad, mientras el segundo significa el ejercicio concreto de esa capacidad" [20]. Dicha dominación puede ser de mayor o menor intensidad dependiendo de la organi-

[19] ECHAIZ MORENO, DANIEL, "Los grupos de empresas: Bases para una legislación integral", Op. cit., p. 61.

[20] ECHAIZ MORENO, DANIEL, "Análisis jurídico del "control" en los grupos de sociedades", Tratado de Derecho Mercantil – Derecho Societario (Volumen I). Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2004, p. 1336.

zación directriz establecida para el grupo. La dependencia es la consecuencia del control establecida por un sujeto sobre una empresa o varias, las cuales se sujetan a las directrices del que ostenta el poder.

La *dirección unificada* es una de las características más saltantes del grupo de empresas, toda vez que consiste en la capacidad de un sujeto dominante para imponer sus decisiones sobre el resto de empresas que conforman el grupo, inspirándose en el interés grupal. La prevalencia del interés grupal sobre el interés de cada una de las empresas que conforman el grupo, tiene sustento en el hecho de que cada una de ellas unen fuerzas y laboran a fin del fortalecimiento, crecimiento y liderazgo del grupo del cual forman parte.

Sin embargo, hay un hecho del cual no debe prescindirse, quien va a determinar que constituye el interés del grupo es el sujeto que lo domina. No obstante ello, el interés del sujeto dominante también estará sometido al interés del grupo que lidera, toda vez que él es parte del referido grupo.

III.- LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS EMPRESAS QUE PERTENECEN AL GRUPO

"La figura del grupo de empresas, se advierte, a modo de primera aproximación, que esta nueva forma organizativa viene a romper los <<moldes>> tradicionales sobre los que se asentó la actuación empresarial. De la forma unitaria y económicamente centralizada, propia de la economía industrial, se pasa a otra, al menos en clave de tendencia, de carácter estructural complejo y descentralizado en términos de poder económico" [21]. En efecto, "el grupo de empresas no es otra cosa que varias empresas jurídicamente independientes, sometidas a una estrategia general común. Esto es, la interrelación de unidades empresariales autónomas en torno a una dirección unitaria" [22].

Así las cosas, el funcionamiento del grupo de empresas obedece a una estructura impuesta por la dirección unitaria del grupo. En ese sentido, las directivas

[21] ARCE ORTIZ, ELMER, "Grupo de empresas y Derecho Laboral", En: Revista Ius Et Veritas, N° 26, p. 254.

[22] ARCE ORTIZ, ELMER, "El concepto jurídico de grupo de empresas en Derecho del Trabajo. Aspectos individuales de la cuestión", En: Revista Actualidad Laboral, Abril, 2003, p. 13.

impuestas por esta unidad pueden ser de tipo económico, financiero, organizacional, productivo, de gestión, e incluso con incidencia en las relaciones de trabajo. Justamente, respecto de éstas últimas directivas, es que el grupo de empresas funciona como empleador en las relaciones de trabajo, toda vez que se identifica el poder de dirección, inherente al empleador, en el desarrollo de las mismas.

Ahora bien, Montoya Melgar señala que el poder de dirección del empresario *(empleador)*, aspecto activo de la situación de dependencia jurídica del trabajador en el contrato de trabajo, es factor definidor de las relaciones laborales y, con ellas, de todo el Derecho del Trabajo[23]. En efecto, el poder de dirección es una facultad exclusiva del empleador. Asimismo, señala que el poder de dirección del empresario tiene una doble dimensión: general (como poder de organizar laboralmente la empresa) y singular (como poder de ordenar las concretas prestaciones de los trabajadores individuales)[24]. En tal sentido, la dirección unitaria del grupo de empresas ejerce principalmente el poder de dirección general, toda vez que puede disponer la planificación de rotación de trabajadores entre las empresas de grupo, así como también la organización y dirección de las labores de los trabajadores de la empresas del grupo, entre otras.

De lo mencionado hasta el momento se desprende que el grupo de empresas funciona como un verdadero empleador en las relaciones de trabajo. En tal sentido, al ostentar dicha condición, el grupo de empresas, en tanto empleador, goza de derechos y de obligaciones inherentes a dicha condición. De ahí que en caso de incumplimiento de las obligaciones, el grupo será responsable por aquellas. Respecto de éste aspecto, la referida atribución de responsabilidad deviene del levantamiento del velo societario de las empresas del grupo a efectos de identificar al verdadero empleador, el grupo de empresas.

No obstante lo mencionado, "la omisión a cualquier referencia normativa expresa al grupo de empresas ha conducido a la doctrina y a la jurisprudencia de la siguiente manera: la regla general es la del respeto a la autonomía de la empresa que aparece diferenciada (realidad formal), pero en algunos casos debe de levan-

[23] MONTOYA MELGAR, ALFREDO, "El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas". En : Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho del trabajo, N° 48, 2004, p. 135.

[24] Ibidem. p. 135.

tarse esa apariencia o "velo" para que prevalezca la unidad económica subyacente (realidad material)" [25]. "La atribución de la condición de empleador al grupo y no a cada empresa integrante del mismo trae consigo importantes consecuencias jurídicas en el plano de las relaciones laborales. De ello, derivaría la identificación del sujeto responsable de cumplir las normas laborales con la (im)posibilidad de dirigirse frente a las varias empresas integrantes del grupo, pero también surgen prácticas de índole procesal, de índole negocial en la esfera colectiva (...)" [26].

De otro lado, se descarta el surgimiento de la responsabilidad solidaria entre las diversas empresas que integran el grupo, por la mera coincidencia de accionistas en las distintas empresas del grupo, o por circunstancias de que el administrador único de una empresa sea representante legal de la otra.

Ahora bien, la transferencia de personal al interior del grupo o la circulación de trabajadores dentro del marco del grupo de empresas es uno de los principales problemas que se suscita en el fenómeno de los grupos de empresas. Dicha circulación consiste en la realización de prestación de servicios por parte del trabajador de manera indiferente o sucesiva a diversas empresas que pertenecen al grupo. Cabe mencionar que dicha situación genera problemas tanto en el transcurso de la prestación de servicios como a la hora de la conclusión del mismo (extinción del contrato de trabajo). En otras palabras, aquel trabajador se preguntará si tiene la posibilidad de pronunciarse aceptando o rechazando la transferencia, si puede solicitar la extinción del contrato de trabajo con derecho a indemnización, si cabe la transferencia a una subsidiaria ubicada lejanamente, si cada vez que lo transfieren se produce un cese laboral, si el tiempo de prestación de servicios se computa unitariamente, si conserva los derechos adquiridos, si continua percibiendo al sindicato de la empresa a pesar de haber sido transferido a otra integrante del grupo, si la transferencia implica la posibilidad de ser colocado en

[25] SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V y ARETA MARTINEZ, MARIA, "El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: inventario", En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho del Trabajo, N° 48, Madrid, 2004, p. 101.

[26] ALONSO DE OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M. E., "Derecho del trabajo", 21° edición, Civitas, Madrid, Madrid, 2003, p. 187. Citada por: SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V y ARETA MARTINEZ, MARIA, "El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: inventario", En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho del Trabajo, N° 48, Madrid, 2004. p. 101.

un puesto distinto (de mayor o menor categoría) y que, por ende, la remuneración varíe (a más o menos).

La solución a los distintos problemas planteados a raíz de la circulación de los trabajadores dentro del grupo debe iniciarse con la identificación del empleador a efectos de imputar la responsabilidad por los derechos vulnerados y las obligaciones laborales. Para ello, debe considerarse al grupo de empresas como el titular de la relación laboral siempre que concurran presupuestos capaces de otorgar al grupo dicha titularidad. En tal sentido, a efectos de determinar la existencia de un grupo de empresas, es necesario referirnos a su concepto y al exhaustivo cumplimiento de las características que lo moldean, entre ellas tenemos a la pluralidad de empresas (dos o más empresas), la autonomía jurídica (independencia jurídica de cada una de las empresas del grupo), la unidad directriz (poder de dirección sobre el comportamiento de las empresas del grupo para un interés grupal) y por último la relación de dominio-dependencia (dominio y/o control del sujeto detentador del poder directriz sobre el resto de empresas del grupo) existente entre el sujeto que detenta el poder de dirección sobre el resto de empresas. Adicionalmente a ello, se suman ciertos indicios que facilitan la identificación del grupo de empresas y su funcionamiento.

Con ello, lo que se quiere es determinar al verdadero empleador de la relación laboral, identificando al grupo de empresas o a la empresa singular como el titular de la relación jurídico laboral, y ello dependerá de la identificación de la facultad organizacional del trabajo con respecto a los trabajadores.

IV.- LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL FENÓMENO DE GRUPO DE EMPRESAS EN EL PERÚ

Tal y como lo mencionamos, el fenómeno de los grupos de empresas constituyen una manifestación moderna de la organización empresarial. Su estructura y funcionamiento responden a la necesidad de dar respuestas rápidas a los cambios impuestos por el mercado, la globalización y las innovaciones tecnológicas. Ante tal escenario, la legislación peruana en la actualidad regula a los grupos de empresas de manera aislada y fragmentada abarcando sólo algunas ramas del derecho.

En efecto, entre las normas que regulan a los grupos de empresas tenemos a los siguientes ejemplos:

· A efectos de aplicar las normas del Impuesto a la Renta, se entenderá que existe conjunto económico o vinculación económica cuando se den diversas situaciones que involucren una relación directa o indirecta entre dos o más personas naturales o jurídicas respecto del capital social de la empresa y la propiedad o titularidad de la misma. La referida vinculación económica se expresa de manera porcentual [27].

· La Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo identifica la vinculación entre empresas a partir de parámetros porcentuales[28].

· "La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702, se refiere a los conglomerados financieros y mixtos estipulando que conforman una forma de atenuar los riesgos para el ahorrista (Articulo 132°), así se dictan reglas para dicha supervisión (Artículo 138 incisos 1 al 3). Y, finalmente, se establece que la SBS

[27] Artículo 24° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Supremo N° 122-94-EF.- Conjunto económico o vinculación económica.- *Para efecto de lo dispuesto en la Ley, se entenderá que existe conjunto económico o vinculación económica cuando se dé cualquiera de las siguientes situaciones:*

1. Una persona natural o jurídica posea más del treinta por ciento (30%) del capital de otra empresa, directamente o por intermedio de un tercero.
2. Más del treinta por ciento (30%) del capital de dos (2) o más empresas pertenezca a una misma persona natural o jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.

(...)

4. El capital de dos (2) o más empresas pertenezca, en más del treinta por ciento (30%), a socios comunes a éstas.
5. Las empresas cuenten con directores, gerentes, administradores u otros directivos comunes, que tengan poder de decisión en los acuerdos financieros y comerciales que se adopten.
7. Una empresa efectúe el cincuenta por ciento (50%) o más de sus ventas de bienes o servicios a una empresa o a empresas vinculadas entre sí durante los doce meses inmediatos anteriores al mes en el que ocurre la transacción.

(...)

[28] Artículo 54° del Decreto Supremo N° 005-99-Ef.- Definiciones.- *Para efectos de la aplicación del Impuesto Selectivo al Consumo, se entiende por:*

(...)

b) Empresas vinculadas económicamente, cuando:

1. Una empresa posea más del 30% del capital de otra empresa, directamente o por intermedio de una tercera.
2. Más del 30% del capital de dos (2) o más empresas pertenezca a una misma persona, directa o indirectamente.
3. En cualesquiera de los casos anteriores, cuando la indicada proporción del capital, pertenezca a cónyuges entre sí o a personas vinculadas hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

emitirá normas de carácter general donde se impondrá los criterios de vinculación, grupo económico, empresas vinculadas y conglomeradas" [29].

· Resolución de S.B.S. N° 001-98, para el cumplimiento de los límites al otorgamiento de créditos, a las inversiones de las empresas del sistema de seguros y otros límites señalados expresamente en la Ley General del Sistema Financiero, así como para realizar la supervisión consolidada de los conglomerados financieros y mixtos, estableció los conceptos de vinculación y grupo económico. En tal sentido, se entiende por *vinculación a la relación entre dos o más personas naturales y/o jurídicas, que genera un comportamiento concertado o cuando alguna de ellas ejerce influencia en las decisiones operativas y/o financieras de la otra. Se presume que existe vinculación cuando se presenten relaciones de parentesco, de propiedad o de gestión, (...); salvo prueba en contrario.* Adicionalmente, se entiende por *grupo económico al conjunto de personas jurídicas nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión* [30].

· Resolución de SBS N° 445-2000, entiende por *control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica (...)* [31].

De las mencionadas normas en su conjunto, se desprende que la descripción del grupo de empresas o grupo económico posee como denominador común la vinculación estrictamente de tipo económica entre dos o más empresas. La referida vinculación puede ser de carácter horizontal (o por coordinación) o de carácter vertical (o por subordinación). En el primer caso, la relación entre las diversas empresas integrantes se da en un plano de igualdad, mientras que en el segundo caso, existe una empresa dominante sobre las empresas filiales o participantes

4. El capital de dos (2) o más empresas pertenezca, en más del 30%, a socios comunes de dichas empresas.

5. Por Reglamento se establezcan otros casos.

[29] ECHAIZ MORENO, DANIEL, "Los grupos de empresas: Bases para una legislación integral", Op. cit., pp. 107 - 108.

[30] Punto 3 y 4.1 de la Resolución de S.B.S. N° 001-98.

[31] Artículo 9° de las Normas especiales sobre vinculación y grupo económico, Resolución de SBS N° 445-2000.

que conforman el grupo, las mismas que son controladas por aquella. Es preciso mencionar que las referencias pertenecen principalmente y en su mayoría al ámbito mercantil y tributario.

De otro lado, hasta el momento, no existe en la legislación laboral peruana mención alguna al fenómeno de los grupos de empresas. Sin embargo, la jurisprudencia nacional no ha sido ajena a la realidad socio – económica que generan los grupos de empresas cuyo funcionamiento repercute en las relaciones laborales. En ese sentido, los tribunales laborales en virtud de la obligación legal impuesta de *"no dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley"*[32], han emitido resoluciones judiciales en las que se imputa como empleador al grupo de empresas en su conjunto a efectos de atribuir responsabilidad solidaria, por obligaciones de carácter salarial, entre aquéllas que conforman el grupo. No obstante lo mencionado, también existen algunas resoluciones que disponen que en tanto las empresas son entes jurídicamente distintos no puede imputárseles la responsabilidad solidaria de obligaciones laborales, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico consagra la autonomía de la persona jurídica como principio básico del desenvolvimiento de aquellas[33].

Así las cosas, entre las resoluciones judiciales que no atribuyen la responsabilidad solidaria entre las empresas de grupo, tenemos a las siguientes:

· La Sentencia del Tribunal Constitucional peruano del 11 de setiembre del 2002, "dejó claro que el solo hecho de que existan interconexiones accionariales, financieras o económicas no era requisito suficiente para imputar al grupo la condición de empleador. Al contrario, impidió que se plantee una demanda que en forma solidaria involucre a Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica del Perú Holding S.A., ambas empresas del mismo grupo, argumentando que entre la segunda y los demandantes "no existe relación material que sustente la relación entablada con ella", por cuanto ésta "no es la entidad empleadora"[34].

---

[32] Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil.

[33] Artículo 78° del Código Civil: *La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.*

[34] ARCE ORTIZ, ELMER, "El concepto jurídico de grupo de empresas en Derecho del Trabajo. Aspectos individuales de la cuestión", Op. Cit. p.14.

· Por otro lado, y acudiendo al principio de la autonomía de la persona jurídica, la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de Lima dispuso que *"... si bien se desprende del texto del contrato ... que con anterioridad a la suscripción del mismo la actora prestó servicios para Telefónica del Perú S.A., debe tenerse en cuenta que su nueva empleadora Telefónica servicios Móviles S.A.C. es una persona jurídica distinta, no existiendo continuidad en la relación laboral ni pudiendo exigirse derechos que sólo la primera de las mencionadas otorga a sus trabajadores."* (Expediente N° 1596-2003-B.E.(S)).

Entre las resoluciones que atribuyen responsabilidad solidaria entre las empresas de grupo tenemos a las siguientes:

· La Corte Superior de Trujillo ha declarado la responsabilidad solidaria de dos empresas vinculadas en el pago de beneficios sociales, en cuanto "la reclamante ha prestado servicios a empresas o negocios conexos y bajo la gerencia de la misma persona" (Sentencia de 24 de febrero de 1982 - Expediente N° 112-82) (Manual de jurisprudencia laboral)

· *"Que, si bien el artículo mil ciento ochenta y tres del Código Civil señala que la solidaridad no se presume y que sólo la ley y el título de la obligación la establecen en forma expresa, lo cierto es que la realidad de la vinculación económica invocada por el A-quo y el A-quem no puede examinarse dentro de los alcances del citado dispositivo legal, por tratarse de una situación distinta.*

Que, en otras palabras, se trata de una cuestión controvertida que al ser examinada a partir de la relación de los hechos y normas, no es posible encontrar en nuestra legislación laboral positiva disposición específica para solucionarla. Es decir, se trata de un hecho(vinculación económica) que no se encuentra regulado por ninguna norma y que, según la doctrina, constituye una laguna del derecho.

Que, en consecuencia y dado que el juez no puede dejar de administrar justicia por inexistencia de norma aplicable, según lo dispuesto en el artículo ciento treinta y nueve inciso octavo de la Constitución Política, debe construir una solución específica para el caso sometido a su jurisdicción. *(Cas. N° 050-2001)*

(...)

... que, de conformidad con el artículo 1183° del Código Civil, la responsabilidad no se presume, sólo puede ser establecida por la ley o el título de una obligación que la establezca en forma expresa; TERCERO: que, en el caso de autos es cierto que Haciendas ganaderas S.A. y Estancias Ganaderas Asociadas S.A. (ahora Ganaderas Pecuarias S.A.), son dos personas jurídicamente distintas, en principio salvo los supuestos indicados en el considerando anterior no tendría porqué responder solidariamente una por las obligaciones de la otra; que sin embargo a fojas 5 corre copia de un comunicado en el cual se hace conocimiento que a partir del 1 de diciembre del 2000 la empresa Estancias Ganaderas Asociadas S.A. asumía el Control Técnico y administrativo del Estable Monteverde (...) CUARTO: que, según lo indicado en el considerando anterior queda demostrada la solidaridad entre las co-demandadas;[35]" (Expediente N° 5514-2004-B.E.)

De lo expuesto se desprende que una "regla general de la jurisprudencia, ha sido declarar la irrelevancia de los vínculos económicos y financieros a efectos de imputar a la dirección unitaria del grupo la condición de empleador, salvo que, con excepción, concurran ciertos indicios que adviertan la presencia de un fraude a la personalidad jurídica en perjuicio de los intereses de los trabajadores. En éste último caso obviamente, lo que procede es demostrar la estructura grupal, con el objeto de reconstruir la unidad jurídica y económica que se halla detrás de la misma". [36]

Lamentablemente, de lo que se desprende de la jurisprudencia nacional son sólo rasgos generales de imputación de responsabilidad solidaria al grupo de empresas por ocupar la condición de empleador.

V.- ALCANCES DEL PROYECTO DE LEY GENERAL DE TRABAJO

Ante la ausencia de un tratamiento legal unitario de los grupos de empresas y de la inexistente referencia normativa en materia laboral, el Proyecto de Ley General de Trabajo (en adelante, PLGT) pretende regular por primera vez el fe-

[35] Revista Actualidad Laboral, Marzo, 2005, p.59.

[36] ARCE ORTIZ, ELMER, "El concepto jurídico de grupo de empresas en Derecho del Trabajo. Aspectos individuales de la cuestión", Op. Cit. p. 14.

nómeno de grupo de empresas. Así las cosas, se establece una definición para identificarlo, la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo, los rasgos a partir de los cuales se presume la existencia de un grupo de empresas y finalmente la consecuencia jurídica de la transferencia o circulación de trabajadores entre las empresas del grupo.

La necesidad de regulación del grupo de empresas en materia laboral resulta ser de suma importancia, toda vez que "la prestación de servicios por el trabajador en el ámbito de un grupo de empresas presenta como problema inicial y relevante el de la identificación del empleador, pues ello incide directa o indirectamente en numerosos aspectos de la relación laboral (movilidad funcional y geográfica, ámbito de las medidas de reestructuración empresarial, articulación de los derechos de información y consulta, representación de los trabajadores en el ámbito de los grupos de empresas, negociación colectiva, etc.)" [37]

5.1.- Definición de grupo de empresas

El artículo 6° del PLGT dispone la definición de grupo de empresas para efectos laborales de la siguiente manera:

"Hay un grupo de empresas cuando varias empresas, jurídicamente independientes, constituyen o actúan como una unidad económica y productiva de carácter permanente y están sujetas a una dirección única de contenido general. "

De lo expuesto se desprende que los requisitos para la existencia del grupo de empresas son cuatro, la pluralidad de empresas, la independencia jurídica, la vinculación entre las empresas y la dirección unitaria. En principio, el requisito de la pluralidad de empresas hace referencia a la concurrencia de personas jurídicas que conforman el grupo. Asimismo, el referido requisito constituye un aspecto cuantitativo de la definición, el mismo que se manifiesta con la existencia de dos o más empresas que conforman un grupo. No obstante, el PLGT hace uso de la frase "varias empresas", la misma que no determina de manera precisa el aspecto cuantitativo, toda vez que la palabra varios hace alusión a variedad[38], palabra

[37] SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V. y ARETA MARTINEZ, MARIA, Op., cit., p. 101.

[38] Voz "varios", En: Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 21 era. edición, Madrid, 1992.

que no necesariamente se relaciona con el aspecto cuantitativo, sino más bien con el cualitativo.

En segundo lugar, el requisito de la independencia jurídica, aspecto cualitativo, se refiere a la autonomía que poseen cada una de las empresas que conforman el grupo, manteniendo intactos ciertos rasgos que permiten la identificación de cada una de las empresas, como su denominación o razón social, su objeto social, la titularidad de los accionistas entre otros. Así pues, "la presencia de personalidades jurídicas diferenciadas permiten distinguir a la estructura empresarial de grupo de otras formas de concentración de capitales de corte "intraempresarial", como ocurre paradójicamente en el caso de las sucursales o de los centros de trabajo" [39].

Ahora bien, "la vinculación entre empresas, ya sea en un plano de igualdad o de subordinación. Lo que realmente caracteriza al grupo de empresas es la existencia de relaciones económicas, jurídicas y organizativas por razón de un vínculo empresarial común a ellas" [40]. En efecto, el artículo 6º señala como criterio de vinculación entre empresas la constitución o actuación como unidad económica y productiva de carácter permanente.

Por último, respecto del requisito de dirección unitaria es preciso mencionar que se refiere al poder de dirigir las empresas como grupo, de tal manera que la dirección se guíe a partir de un interés grupal y no sectorial, toda vez que será el interés grupal el inspirador de cada directiva a ejecutar exclusivamente por parte del sujeto (s) que detenta (en) el poder de dirección en el grupo. Asimismo, la referida dirección posee un contenido general, ello quiere decir que las directivas impuestas por el sujeto que detenta el poder pueden recaer sobre la organización empresarial (gestión), financiera, productiva y de trabajo. "En efecto, tal dirección unitaria se convierte en un poder de decisión común que traduce la unidad de intereses económicos de capital concentrado, al margen de su pertenencia a un solo titular o a varios. Es pues en definitiva, el instrumento de poder con que

[39] ARCE ORTIZ, ELMER, "Grupo de empresas y Derecho Laboral", Op. Cit. p. 248.
[40] SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V. y ARETA MARTINEZ, MARIA, Op. Cit., p. 100.

cuenta la realidad económica única, para actuar sobre una realidad jurídica plural o diversificada" [41].

Así las cosas, el comportamiento de las empresas como grupo debe ser de tal manera que sean una unidad económica y productiva. Ello quiere decir que la relación que existe entre cada una de las empresas del grupo obedezca a un sentido de organización donde todas ellas realizan una actividad, la cual resulta ser un elemento importante para los objetivos del grupo. La unión de dichas empresas no tendría sentido por un periodo temporal sino más bien duradero o permanente, ya que para las uniones de empresas por un tiempo determinado existen otras figuras distintas de las de grupos de empresas. Por ello, el grupo de empresas tiene razón de ser cuando existe un ánimo de permanencia.

Finalmente, no obstante lo anterior, la vocación revolucionaria de esta disposición se ha visto frenada o enfriada por la contemplación global que el Proyecto tiene sobre el empleador. Literalmente, el artículo 4° señala lo siguiente:

"empleador es la persona natural o jurídica, con o sin fin de lucro y de naturaleza privada o pública que contrata servicios regulados por esta ley".

"De este modo, si el empleador no puede ser un ente desprovisto de personalidad jurídica, ello equivale a decir que el grupo aunque pueda ser empleador no lo es. Así, sólo las empresas de base con personalidad jurídica podrían detentar la posición jurídica de empleador de la relación laboral" [42]. En tal sentido, el referido articulo debería ser reformulado de tal manera que sea posible colocar al grupo de empresas como empleador de la relación laboral.

5.2.- La responsabilidad solidaria entre las empresas del grupo

El segundo párrafo del artículo 6° del PLGT establece lo siguiente:

"(...)
Cuando un trabajador ha prestado servicios en varias empresas que conforman un grupo, éstas son solidariamente responsables por sus derechos".

[41] Duque. J. F. y J. I. Ruiz. Los grupos en el ordenamiento jurídico. En: BAREA. J. y otros (directores), p. 101 y ss. Citado por: ARCE ORTIZ, ELMER, "Grupo de empresas y Derecho Laboral", Op. Cit. p. 249.

[42] ARCE ORTIZ, ELMER "El concepto jurídico de grupo de empresas en Derecho del Trabajo", Op. Cit. p. 16.

De lo expuesto se desprende que el Proyecto "imputa la responsabilidad solidaria a todas las empresas que como parte del grupo se han beneficiado de la prestación de labores de un mismo trabajador. En realidad, no se responsabiliza a todo el grupo como empleador, pues ahí correspondería aplicar la responsabilidad solidaria a todas las empresas, sino sólo a las empresas/personas jurídicas que fueron acreedoras de la fuerza de trabajo del trabajador" [43].

Dicho en otras palabras, la responsabilidad solidaria se atribuye sólo a las empresas que independientemente se favorecieron de la prestación de servicios del trabajador. En efecto, la configuración de responsabilidad solidaria establecida obedece al principio de autonomía jurídica de cada empresa miembro del grupo en tanto que cada una asumió una relación material y formal con el trabajador en calidad de empleador durante un periodo determinado. Así, a partir de esta construcción de imputación de responsabilidad solidaria se desprende que aquella no deviene del levantamiento del velo societario a efectos de descubrir que todas las empresas funcionan como un grupo y por tanto todas son responsables de las obligaciones previstas, por el contrario lo que prevalece es la autonomía de la personalidad jurídica.

5.3.- Rasgos adicionales a la definición de grupo que permiten presumir su configuración

El artículo 7° del citado Proyecto dispone lo siguiente:

"Presunción de grupo de empresas
Se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de un grupo de empresas cuando:

1. Las empresas que conforman el grupo desarrollan en conjunto actividades que evidencian su integración económica o productiva.
2. Exista relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o cuando los accionistas con poder decisorio fueren comunes.
3. Los órganos de dirección de las empresas estén conformados, en proporción significativa, por las mismas personas.
4. Utilicen idéntica denominación, marca o emblema."

[43] Ibidem. p. 16.

Luis Miguel Campz Ruiz anota que *"los grupos de sociedades constituyen un fenómeno cada vez más extendido y extremadamente complejo, por la variedad de sus formas de presentación, que tienen, no obstante su amplia fenomenología, un elemento común: las sociedades que la integran aún siendo independientes entre sí desde una perspectiva jurídico – formal, actúan sin embargo con arreglo a criterios de subordinación que permiten identificar más allá de la pluralidad, una cierta unidad económica"*[44].

En ese sentido, en virtud de la complejidad de la configuración de los grupos de empresas es que resulta necesario establecer rasgos adicionales que definirán la existencia del grupo de empresas. Es evidente que disponer indicios y/o rasgos que permitan determinar la existencia de grupo de empresas no debe ser de forma taxativa. Así, entre otros indicios, según la clasificación utilizada por Santiago Pérez del Castillo encontramos los siguientes: confusión de patrimonios sociales, que da lugar a la existencia de caja única; apariencia externa unitaria[45].

De otro lado, hacemos referencia a ciertos ejemplos de indicios que la jurisprudencia uruguaya exige, para determinar la existencia de un conjunto económico, que se verifiquen determinados indicios según los cuales las empresas que componen el grupo han de poseer: i) administraciones comunes u oficinas administrativas comunes, un mismo asiento o lugar físico o domicilio común, coincidencia de domicilios; ii) coincidencia de los directores, integración de los directorios en parte con las mismas personas física o un director común o que el presidente sea una misma persona; iii) personal indiferenciado, uso de los mismos trabajadores, alternancia o empleo sucesivo de personal entre las sociedades, o que el trabajador preste servicios a todas ellas de manera indistinta, dándose el trasiego de empleados, o siendo el beneficiario último de las prestaciones de trabajo tanto una como otra persona jurídica[46].

---

[44] CAMPZ RUIZ, LUIS MIGUEL, "Problemática jurídico – laboral del grupo de empresas: puntos críticos" en Antonio Baylos y Luis Collado, Grupos de empresa y Derecho del trabajo, Madrid, Editorial Trotta, 1994, p. 87. Citado por: PEREZ DEL CASTILLO, SANTIAGO, "Conjunto económico o grupo de empresas", en: "Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 180.

[45] PEREZ DEL CASTILLO, SANTIAGO, "Conjunto económico o grupo de empresas", Op. Cit. p. 184.

[46] Ibid. p. 186.

Finalmente, la carga de la prueba, a efectos de desvirtuar la presunción de la existencia del grupo de empresas, recaerá sobre las empresas a las cuales se les pretenda vincular como grupo.

5.4.- Consecuencia jurídica de la transferencia o circulación de trabajadores a través de las empresas de grupo

El artículo 8° del referido Proyecto a efectos de hacer posible la determinación pecuniaria de las obligaciones y cargas por parte del empleador establece que:

"La transferencia de trabajadores entre empresas que conforman un grupo no afecta las remuneraciones ni la antigüedad del trabajador."

Lo mencionado obedece a que al momento de iniciarse el contrato de trabajo, el trabajador no presta servicios para una o algunas de las empresas del grupo sino para el grupo, de tal manera que el computo del tiempo de servicios no debe efectuarse a partir de cada contrato que realice el trabajador indistintamente con cada una de las empresas, sino que por el contrario debe computarse como una sola relación laboral sin cortes que signifiquen ceses sucesivos para el trabajador con la finalidad de incumplir obligaciones de carácter laboral.

La norma comentada no expresa la prohibición a la circulación o transferencia de trabajadores entre las empresas de grupo, pues "la admisión de la movilidad de los trabajadores dentro del grupo constituye un fenómeno derivado de la consideración del grupo como unidad empresarial; del mismo modo que ello comporta claros beneficios para los trabajadores también amplía las posibilidades de actuación de las empresas" [47]. Es decir, "para poder hablar de movilidad del trabajador dentro de un grupo empresarial en los términos expuestos es preciso que el empresario de destino no contrate *ex novo* al trabajador desplazado" [48].

[47] SEMPERE NAVARRO Y ARETA MARTINEZ, Op. Cit., p. 106.

[48] GUANTER DEL REY, S y LÁZARO SANCHEZ, J.L., "Ambito aplicativo de la ley", en AA VV: desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales, CES, Madrid, 2002, p. 54. Citado por: SEMPERE NAVARRO Y ARETA MARTINEZ, Op. Cit., p. 106.

A la fecha, los referidos artículos detallados no han sido consensuados.

VI.- CONCLUSIONES

De lo expuesto a lo largo del presente trabajo se desprende que los grupos de empresas no sólo son un fenómeno complejo, sino también son un fenómeno actual, cuyo funcionamiento produce efectos negativos y sustanciales en las relaciones de carácter laboral. Entre ellos, los más comunes son la movilidad geográfica, la movilidad funcional (recategorización y la consecuente reducción remunerativa), la limitación de la representación de los trabajadores, la limitación de la negociación colectiva y su desarrollo, entre otros.

Como se advierte, la falta de regulación afecta de manera significativa aspectos de la relación laboral en el contexto de grupo de empresas. En ese sentido, resulta relevante la intervención normativa a efectos de proteger los derechos de los trabajadores que se estarían afectando por los distintos mandatos de la dirección unitaria que representa al grupo. Así, la atribución de responsabilidad solidaria entre las empresas del grupo resulta ser el criterio utilizado a efectos de colocar al grupo en la condición de empleador, toda vez que es éste el que asume la dirección organizacional de las relaciones de trabajo. Sin embargo, existe la tendencia de compartir la responsabilidad solidaria sólo con las empresas de grupo que se hayan beneficiado de la prestación de servicios de los trabajadores que fueron objeto de circulación. Ante dicha premisa, la atribución devendría en selectiva a razón de la objetividad de los hechos, toda vez que la extensión de responsabilidad sobre empresas que no participaron en la transferencia o circulación de trabajadores a pesar de la posibilidad de haberse efectuado en algún momento resulta ser excesiva e incluso inapropiada en un marco creciente de un sector empresarial más fuerte que se viene desarrollando.

La amenaza del acreedor fantasma. Análisis de los alcances, prioridades y conflictos del derecho persecutorio laboral dentro del sistema concursal peruano.

Carlos Alberto Fernández Gates
Alumno de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Sumario

I. Introducción. II. Inicio del procedimiento concursal: Cuando los acreedores se hacen visibles. 2.1 El reconocimiento de créditos. 2.2. Los órdenes de preferencia y las atribuciones de la Junta de Acreedores. III. El derecho persecutorio laboral: Concepto y aplicación del superprivilegio laboral. 3.1 Concepto. 3.2 Aplicación del concepto dentro del ordenamiento concursal. IV. Ejemplo conflictivo: aparición del acreedor fantasma.
V. Privilegio contra privilegio: Debate sobre la pugna entre privilegiados.
VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 24 de la Constitución Política Peruana establece que *"El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador"*; en el mismo sentido se pronuncia el artículo 2 del Decreto Legislativo Nº 856, según el cual *"Los créditos laborales a que se refiere el artículo anterior tienen prioridad sobre cualquier otra obligación de la empresa o empleador. Los bienes de este se encuentran afectos al pago del íntegro de los créditos laborales adeudados"*.

Ambas normas consagran lo que en doctrina se conoce como el superprivilegio del crédito laboral; es decir, la preferencia de origen legal y carácter accesorio y excepcional que procura la tutela de un interés que el ordenamiento ha considerado de especial protección, cuando exista concurrencia de acreedores, sobreponiendo los créditos laborales a los demás.

En ese orden de ideas y de acuerdo con lo expuesto en las normas antes mencionadas, para que pueda hacerse efectivo el superprivilegio laboral, es necesario, en primer lugar, la concurrencia de acreedores frente a un mismo deudor, y, en segundo lugar, que éstos posean créditos originados de distinta naturaleza.

Por ello, en vista que el objeto del presente artículo es exponer, desde un punto de vista legal, los alcances, prioridades y posibles conflictos del derecho persecutorio laboral en el marco de nuestro sistema concursal; analizaremos de forma breve, cómo es que se inician los procedimientos concursales, así como el procedimiento a seguir para poder participar en ellos, para luego, una vez planteado el escenario de nuestro tema principal, analizar los posibles conflictos ya mencionados.

II. INICIO DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL: CUANDO LOS ACREEDORES SE HACEN VISIBLES

El derecho concursal es el conjunto de normas que regulan las consecuencias jurídicas del estado de insolvencia[1] de un deudor, así como las vías para remediar esta situación en tutela de los intereses de los acreedores del deudor o también, si éstos convienen en ello, de los intereses del propio deudor.

Con ello se persigue fundamentalmente la satisfacción colectiva de los acreedores del deudor común, ya sea liquidando el patrimonio de éste y repartiendo el producto de la liquidación entre los acreedores, o ya sea a través de un convenio que permita – de manera especial – el mantenimiento de la empresa del deudor[2].

El mejor ejemplo para lograr explicar de una manera práctica en que se basa el procedimiento concursal, es imaginarse a Juan como deudor de tres personas A, B y C. Al primero le debe 20, al segundo le debe 200 y al tercero le adeuda 10; sin embargo el patrimonio de Juan sólo alcanza para pagar 8. La pregunta inme-

[1] Insolvencia: Incapacidad para el pago de las deudas en el momento de su vencimiento. Aun cuando los activos totales de una empresa puedan ser superiores a sus pasivos totales, se dice que una empresa es insolvente si sus activos son de tal naturaleza que no pueden convertirse rápidamente en dinero para hacer frente a sus obligaciones normales de pago en el momento de su vencimiento. ROSEMBERG J.M. Diccionario de administración y finanzas, Barcelona, 1996.

[2] Cerdá Albero, Fernando e Ignacio Sancho Gargallo. Curso de Derecho Concursal. Editorial Colex. Madrid España. 2000, p 25.

diata que se viene a la mente sería a quién le correspondería cobrar y en que orden, ya que si bien existen diferencias entre los montos, la deuda de los tres acreedores excede el patrimonio de Juan.

Es allí donde se utiliza el derecho concursal con mayor frecuencia, efectivizando las reglas de concurrencia de acreedores durante la crisis de insolvencia del deudor, evitándose de cierta manera la canibalización del patrimonio del insolvente, protegiéndose el patrimonio del deudor, especificándose cómo deben cobrarse las deudas y colocándose derechos específicos tanto a los deudores como a los acreedores.

Así, cuando el deudor se halla en la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones, el ordenamiento jurídico prevé un juicio que involucra todo su patrimonio y a todos sus acreedores. A este juicio se le denomina juicio concursal, procedimiento concursal o, más simplemente concurso, porque todos los acreedores son llamados a concurrir para ser tratados en pie de igualdad a prorrata de sus respectivos créditos, salvo las preferencias de ley[3].

Lo contrario a un procedimiento concursal, sería aquel en que existiendo concurrencia de acreedores, cada uno de ellos intente de manera separada, ver cobrada su deuda bajo la ejecución individual de bienes pertenecientes a su deudor.

Sin embargo, es preciso aclarar que cuando varios acreedores concurren sobre un mismo bien, no necesariamente hablamos de un procedimiento concursal, ya que, una ejecución colectiva no implica concursalismo, aún cuando normalmente en el concurso intervenga más de un acreedor.

Este procedimiento va mucho más allá de la simple ejecución colectiva siéndole aplicable principios procesales y sustanciales propios y exclusivos, puesto que éste tiene por mira la importancia patrimonial del deudor, es decir, el estado de cesación de pagos (presupuesto objetivo) y la calidad que deberá reunir aquel que debe (presupuesto subjetivo) para dar orden y satisfacción a los acreedores de manera general y no individual[4].

[3] Tonón Antonio. Derecho Concursal I Instituciones Generales. Editorial Depalma. Buenos Aires Argentina. 1992, p. 9.

[4] Bonfanti, Mario Alberto y José Alberto Garrone. Concursos y Quiebras. 6ta Edición Actualizada. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires Argentina. 2000. pp.43 y 44.

Al respecto cabe resaltar que dicha cesación de pagos o insolvencia es un estado patrimonial vicioso y complejo que se traduce en un desequilibrio entre su activo liquidable y su pasivo exigible, de modo tal que coloca a su titular en la incapacidad objetiva de cumplir, actual o potencialmente los compromisos que lo afectan[5].

En ese sentido, de acuerdo con la Ley General del Sistema Concursal (en adelante LGSC) existen diversos supuestos en los cuales tanto el deudor como el acreedor pueden solicitar el inicio de un procedimiento concursal, con el fin de solucionar sus problemas financieros de la manera más ordenada posible.

Dicha solicitud deberá ser presentada ante la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI (en adelante la Comisión) la cual, luego de constatar que la empresa o persona deudora se encuentra dentro de los presupuestos establecidos en la norma, declarará el inicio del procedimiento concursal ordinario correspondiente, difundiéndose el mismo en el diario oficial *El Peruano,* momento a partir del cual los acreedores deberán acudir al INDECOPI en busca del reconocimiento de los créditos que mantuviesen frente a la persona jurídica o natural concursada.

2.1 El reconocimiento de créditos

La verificación y graduación de créditos es una pieza maestra del instituto concursal, tendiente a controlar los auténticos titulares de derechos en el marco del concurso, determinando su número, monto, naturaleza, grado, etc., e incidiendo sobre cuestiones tales como su participación en las impugnaciones, el cobro de cuotas en el concurso preventivo o del dividendo en la liquidación del activo de su deudora[6].

Al igual que en el procedimiento de postulación al inicio del concurso, la LGSC establece requisitos para efectos de la demostración de veracidad de los créditos invocados, siendo estos, el origen, existencia, legitimidad y cuantía de los mismos.

---

[5] Puga Vial, Juan Esteban. Derecho Concursal. El Juicio de Quiebras. Tomo I. 3era Edición. Editorial Jurídica de Chile. 1999. Santiago Chile, p. 56

[6] Flaibani, Claudia Cecilia. Concursos y Quiebras. Los Concursos en General y el Concurso Preventivo Tomo I. Editorial Heliasta. Buenos Aires Argentina. 1999, p.429.

Tal disposición, nace con el fin de respetar el principio de concursalidad, el cual consiste en la transformación del derecho individual de crédito, mediante la incorporación al juicio concursal por intermedio del procedimiento típico de la verificación, y su transformación en una facultad de participar, en la medida fijada por la Ley en el acuerdo o para obtener un derecho al dividendo[7].

De esta manera, se establece un modo específico para el acceso de los acreedores al concurso, debiendo someterse, aquellos que consideren poseer tal calidad, al procedimiento que prescribe la ley cumpliéndose con el principio de concurso, en vez de procederse como hubiera podido hacerse si el proceso concursal no existiera, prohibiéndose así, los juicios individuales de cobro[8].

Una vez presentada la documentación pertinente por parte de los posibles acreedores, la Comisión verificará y constatará detalladamente cada una de las solicitudes, emitiendo posteriormente de ser el caso, una resolución indicando el nombre completo del acreedor, así como el monto del capital, intereses y gastos reconocidos, junto con el orden de preferencia que le corresponda al momento del cobro.

Ello debido a que un elemento primordial para el desarrollo eficiente de los procesos concursales, es la identificación certera de la totalidad de créditos reconocidos dentro del concurso, es decir, del universo de pasivos del deudor que quedarán sujetos al procedimiento.

Ahora bien, cabe resaltar que para poder determinar cuales son los créditos que quedan comprendidos en el procedimiento concursal, es preciso además diferenciar si el trámite del mismo ha derivado en su reestructuración o en su liquidación.

En un primer momento, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la LGSC[9], la publicación del concurso afecta únicamente a las obligaciones

[7] Escuti, Ignacio (h) – Junyent Bas, Francisco. Instituciones de Derecho Concursal, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998. p.166.

[8] Mafía, Oswaldo. Derecho Concursal Tomo I, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1993, p.338.

[9] **Artículo 15°.- Créditos comprendidos en el concurso** Quedarán sujetas a los procedimientos concursales:

15.1 Las obligaciones del deudor originadas hasta la fecha de la publicación establecida en el artículo 32°, con la excepción prevista en el artículo 16.3.

devengadas con anterioridad a dicho acto, situación que permanece invariable si es que la Junta de Acreedores opta por la reestructuración patrimonial del deudor.

Es decir, salvo que el proceso conlleve la disolución y liquidación, únicamente se verán afectados con la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones y el marco de protección legal, los créditos devengados antes de la publicación del concurso. Asimismo, la cancelación de estos créditos deberá darse dentro del mismo procedimiento, de acuerdo a las disposiciones contenidas en la LGSC.

Como contrapartida a lo anterior, tales créditos son los únicos que conceden a sus titulares el derecho a participar en la Junta de Acreedores, siempre y cuando su reconocimiento haya sido solicitado dentro de los 30 (treinta) días hábiles posteriores a la publicación del concurso.

En tal sentido, los créditos generados con posterioridad a la publicación del concurso no se incorporan al procedimiento y, por ende, tampoco se ven afectados con las disposiciones que salvaguardan el patrimonio del deudor concursado. A dichos créditos se les denomina "créditos corrientes", puesto que no confieren ningún derecho a sus titulares para participar en la Junta de Acreedores y pueden ser cobrados a su vencimiento fuera del proceso concursal, para lo cual, además, mantienen vigentes todos los mecanismos de cobranza, judicial, extra judicial o administrativa, que les pueda corresponder.

Por otro lado, en caso que el deudor quedase sometido a un proceso de liquidación, por cualquiera de los supuestos previstos a su vez, en la norma; quedan incorporadas al procedimiento, además, las obligaciones asumidas por el deudor después de la apertura del concurso e incluso las originadas durante la misma liquidación, con excepción de los honorarios del liquidador y los gastos en los que tenga que incurrir para el desarrollo del procedimiento; tal como lo establecen los artículos 16.3[10] y 74.5[11].

/... 15.2 Las obligaciones asumidas por el deudor derivadas de contratos de arrendamiento financiero celebrados hasta la fecha indicada en el párrafo anterior, siempre que el titular de los créditos manifieste expresamente su decisión de incorporar al concurso las cuotas originadas con posterioridad a la fecha mencionada, con la presentación de la solicitud de reconocimiento de créditos respectiva, sometiéndose al Plan, Convenio y demás acuerdos que adopte la Junta a partir de su incorporación.
15.3 En el caso de sucesiones indivisas se considera como obligaciones, además de las deudas descritas en el Código Civil, las cargas referidas en el artículo 869° del Código Civil.

[10] Artículo 16.- Créditos generados con posterioridad al inicio del concurso
3.3En los procedimientos de disolución y liquidación serán susceptibles de reconocimiento los créditos.../

Con relación a este punto, dentro de la Exposición de Motivos de la LGSC, se explicó que el privilegio de los créditos corrientes frente a los créditos concursales se sustentaba en la necesidad de fomentar que las empresas en crisis puedan acceder a nuevos financiamientos, debido a la necesidad de llevar a cabo procesos de reestructuración que cuenten con las alternativas suficientes para su efectivo cumplimiento.

Por ello, de acuerdo a nuestros legisladores, este privilegio se encuentra orientado a incentivar la inversión de empresas en crisis, ya que se brinda a todo inversionista la clara señal que en caso éste apueste por la reestructuración de una empresa en concurso, cualquier incumplimiento en el pago, será tratado fuera del concurso, pudiendo operar las vías que mejor considere pertinentes para recobrar su dinero dentro de los mecanismos que establece la ley.

2.2. Los órdenes de preferencia y las atribuciones de la Junta de Acreedores

Siendo la finalidad del régimen concursal atender situaciones de crisis, la legislación ha establecido un régimen de privilegios destinado a reducir el costo que genera la asignación de derechos en supuestos en los que se presume que el patrimonio de deudor no es suficiente para el pago de todas las obligaciones. Estos privilegios que se determinan legislativamente en atención a prioridades establecidas por el legislador basadas en el interés colectivo, permiten al titular de los créditos oponer a los demás acreedores de un deudor común su mejor derecho de cobro.

En atención a lo expuesto, en lo referente a los órdenes de preferencia de cobro, la LGSC, respetando la naturaleza social y alimenticia que poseen los créditos de origen laboral y en virtud de las normas mencionadas dentro de la parte primera de presente artículo, nuestra legislación ubica a las acreencias laborales

/...generados con posterioridad a la fecha en que se efectúa la publicación establecida en el Artículo 32.

[11] Artículo 74.- Acuerdo de Disolución y Liquidación

74.5 Se encuentran comprendidos en el procedimiento de disolución y liquidación, los créditos por concepto de capital, intereses y gastos generados durante la vigencia de dicho procedimiento; con la excepción de los honorarios del liquidador y los gastos necesarios efectuados por éste para el desarrollo adecuado del proceso liquidatorio.

en el primer orden de preferencia[12] frente al resto de acreedores reconocidos, inclusive frente aquellos que posean garantías reales inscritas, otorgadas por parte del deudor.

Usualmente, cuando hablamos de la asignación de un privilegio preponderante a los créditos salariales, ésta recibe una explicación de tipo asistencial: evitar la devaluación de éstos créditos llamados a cubrir las necesidades vitales del trabajador.

Las razones que se dan para prevenir tal devaluación son múltiples, pero todas ellas responden a un solo denominador que es el paliar la pretendida incapacidad de los trabajadores para contratar garantías.

Así, se afirma que existen asimetrías informativas que impiden a los trabajadores conocer el estado patrimonial del empleador, también se invoca a la infravaloración por parte de aquellos del riesgo de insolvencia, o incluso, su debi-

[12] Artículo 42.- Orden de preferencia

42.1 En los procedimientos de disolución y liquidación, el orden de preferencia en el pago de los créditos es el siguiente:

Primero: Remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administrados por la Oficina de Normalización Previsional, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador u otros regímenes previsionales creados por ley, así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse. Los aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones incluyen expresamente los conceptos a que se refiere el Artículo 30 del Decreto Ley N° 25897, con excepción de aquellos establecidos en el literal c) de dicho artículo;

Segundo: Los créditos alimentarios, hasta la suma de una (1) Unidad Impositiva Tributaria mensual;

Tercero: Los créditos garantizados con hipoteca, prenda, anticresis, warrants, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía correspondiente haya sido constituida o la medida cautelar correspondiente haya sido trabada con anterioridad a la fecha de publicación a que se refiere el Artículo 32. Las citadas garantías o gravámenes, de ser el caso, deberá estar inscrita en el registro antes de dicha fecha, para ser oponibles a la masa de acreedores. Estos créditos mantienen el presente orden de preferencia aún cuando los bienes que los garantizan sean vendidos o adjudicados para cancelar créditos de órdenes anteriores, pero sólo hasta el monto de realización o adjudicación del bien que garantizaba los créditos;

Cuarto: Los créditos de origen tributario del Estado, incluidos los del Seguro Social de Salud - ESSALUD, sean tributos, multas, intereses, moras, costas y recargos; y

Quinto: Los créditos no comprendidos en los órdenes precedentes; y la parte de los créditos tributarios que, conforme al literal d) del Artículo 48.3, sean transferidos del cuarto al quinto orden; y el saldo de los créditos del tercer orden que excedieran del valor de realización o adjudicación del bien que garantizaba dichos créditos.

lidad o el difícil acceso de los mismos al mercado de las garantías, por último se apunta la menor capacidad de los trabajadores para resistir el impacto del incumplimiento al no ser capaces de diversificar el riesgo.

Sin embargo, si el crédito salarial se contrata sin garantías aun a riesgo de verse devaluado, no es porque el trabajador no tenga fuerzas para contratarlas, sino por la propia idiosincrasia de su crédito, ya que éste es uno en su mayoría de corto plazo y renovable durante el tiempo que dure el contrato[13].

El segundo orden de preferencia le corresponde a los créditos de origen alimentario, el tercero a los créditos garantizados con anterioridad a la fecha de publicación del inicio del concurso, el cuarto a los créditos de origen tributario del Estado y el quinto a todos aquellos créditos no comprendidos en los órdenes precedentes, así como los comerciales no garantizados.

Al respecto cabe precisar, que si bien nuestra legislación prevé el reconocimiento de privilegios u órdenes de prelación dentro del procedimiento concursal, entendiéndolo como válido y acertado, existe cierta parte de la doctrina que imputa a dichos privilegios el empobrecimiento del patrimonio concursal, la reducción del valor de los créditos y la aniquilación del principio de paridad en perjuicio de los acreedores ordinarios.

Para ellos, la satisfacción preferente de estos créditos detrae buena parte del valor que existe en dicho patrimonio en beneficio de los acreedores protegidos.

De este modo, los privilegios reducen su valor y, con ello, el de los demás créditos. Asimismo, se considera que al legitimar la satisfacción de unos créditos a costas de otros, estos privilegios imposibilitan la distribución de las pérdidas que persigue el modelo concursal tradicional, con lo que dan al traste con el objetivo de dicho procedimiento[14].

Con relación a esta postura, somos de la opinión, que sin bien uno de los objetivos del procedimiento concursal, es respetar el principio de colectividad de

[13] Bermejo Gutiérrez, Nuria. Créditos y Quiebra. Civitas Ediciones S.L. Madrid España. 2002, p. 296 y 297.
[14] Bermejo Gutiérrez, Nuria. Op.cit. p. 280 y 281.

todos los acreedores inmersos en él, es necesario también, ordenar dichas acreencias por órdenes de preferencia en el cobro, debido a la propia naturaleza de los créditos originados, no pudiendo pretenderse que el inicio de un concurso, equivalga a la desaparición de los beneficios intrínsecos de la propia relación jurídica que dio nacimiento a la obligación original.

Es claro pues, que a pesar de encontrarse envueltas dentro del mismo concurso, no todas las obligaciones poseen las mismas características ni garantías, por lo que otorgar a todas los mismos privilegios en aras de proteger el principio de paridad entre los acreedores no sólo ocasionaría graves perjuicios a aquellos que posean acreencias mejor respaldadas sino que beneficiaría injustamente, a otros, que fuera de la vía concursal, les sería en extremo difícil llegar a cobrar parte de sus acreencias sin que antes no lo hicieran los antes mencionados.

Ahora bien, una vez conformada la totalidad de acreedores reconocidos, se instala la Junta de Acreedores, siendo ésta, la instancia máxima en donde se llevan a cabo las decisiones más relevantes sobre el destino de la empresa o persona natural deudora.

Debido a que el sometimiento del deudor al Procedimiento Concursal Ordinario presupone que el patrimonio en crisis resulta inferior que las obligaciones que respalda, la norma concursal transfiere el control de la empresa a los acreedores.

Por ello, si bien se encuentran comprendidos en el proceso concursal todos los créditos originados con anterioridad a la publicación del concurso o incluso los posteriores si se opta por la liquidación de la empresa, tal como lo explicamos en el punto anterior, únicamente participarán en la Junta aquellos acreedores que hayan solicitado oportunamente el reconocimiento de sus créditos.

Como consecuencia de esto, aquellos créditos cuyo reconocimiento hubiera sido invocado tardíamente, es decir, luego de los 30 días hábiles posteriores a la publicación del concurso, no le conceden a su titular el derecho a participar con voz y voto en las sesiones de la Junta; salvo que el proceso derive en la liquidación del deudor, supuesto en el que, conforme lo dispuesto en la Directiva N° 001-2003/CCO-INDECOPI, los créditos tardíos se integran a la Junta, conjuntamente con los, hasta ese momento, créditos corrientes.

En estas Juntas de Acreedores, se manejan las posibilidades de proponer mecanismos de mejora para el cumplimiento de sus acreencias, trayendo consigo este tipo de actos, la certeza de que son los directamente afectados los que se encargarán de decidir la forma más eficiente para la satisfacción de sus obligaciones pendientes.

Otro beneficio que brinda la conformación de los créditos reconocidos dentro de la junta, es el hecho que una vez instalada, los acreedores tienen conocimiento del monto total de sus créditos, así como de sus reales posibilidades de cobro en atención a los órdenes de prelación que le correspondan.

Claro está que en muchos casos, por no decir la inmensa mayoría de ellos, muchos acreedores no poseen ninguna posibilidad real de cobro, ya sea por la totalidad del monto de la deuda excede largamente el patrimonio del deudor o porque su orden de preferencia se encuentra detrás de la amplia mayoría.

En atención a ello, es que, el contar con el conocimiento oportuno de la totalidad de miembros que conforman la junta, hace que cada uno de los participantes obtenga una idea veraz y adecuada del posible cause que pueda tomar el concurso del que son partícipes, ayudando esto a una mejor toma de decisiones.

Visto de otra manera, el proceso de verificación es un trámite que tiende a dejar bien establecido quiénes son los acreedores, por qué monto, de qué obligaciones surgieron y con qué privilegios cuentan esos créditos.

Se ha dicho que el proceso de verificación es un proceso contencioso de conocimiento causal, típico y necesario, que tiene por finalidad declarar la calidad de acreedor del actor con relación al concursado, y frente a los demás acreedores, fijando su posición relativa a ellos, y otorgarle, en consecuencia, derecho a participar de las deliberaciones y votaciones de las propuestas preventivas o resolutorias del concurso, y cobro del dividendo que le corresponda en la distribución con arreglo a su graduación[15].

[15] Szeimbaum, Boris Mario. El Procedimiento de Verificación de Créditos, LL 149-889

La idea pues, de poseer el conocimiento exacto de los acreedores inmersos en el procedimiento, brinda a todos los participantes la seguridad de conocerse unos a otros y de acuerdo a un breve análisis, optar por las decisiones más adecuadas para cada interés particular.

En el caso específico de los acreedores laborales, el conocer el número preciso de los acreedores de su mismo origen que participan en el concurso, hace que todos ellos puedan prever de una manera más acertada su propia posibilidad de cobro, esto debido a que en la mayoría de procedimientos de disolución y liquidación, las entidades liquidadoras, pagan a prorrata con lo obtenido por la venta del patrimonio del empleador, siendo en estos casos importante saber entre cuantos acreedores se dividirá el monto, ello sin contar la posibilidad de constatar si el patrimonio del deudor podrá cubrir aunque sea, el monto correspondiente a su orden de prelación.

Lo importante a estas alturas del trabajo, es notar la importancia que reviste el conocer a la totalidad de integrantes de la Junta de Acreedores, así como los montos y órdenes de prelación que éstos representan, y con mayor énfasis en el caso de los laborales, puesto que ellos son los que cuentan con la primera opción de cobro ante cualquier decisión de la junta.

Incluso, dentro del procedimiento de reconocimiento de créditos explicado en párrafos anteriores, existe uno llamado el registro de créditos contingentes, que se basa en hacer conocer a la Comisión, de la existencia de un derecho potencial que posea cualquier acreedor de recibir de la empresa deudora una cosa, por lo general dinero, y cuya entrega o pago se encuentra condicionada al reconocimiento de su derecho, ya sea por la vía judicial, arbitral o por acuerdo de las partes involucradas.

Dicho procedimiento se encuentra recogido en el artículo 39.5[16] de la LGSC, entendiéndose de esta manera que, no obstante dichos montos no son considera-

[16] Artículo 39.- Documentación sustentatoria de los créditos
39.5 Los créditos controvertidos judicial, arbitral o administrativamente serán registrados por la Comisión como contingentes, siempre que dicha controversia esté referida a su existencia, origen, legitimidad, cuantía o titularidad, y el asunto controvertido sólo pueda dilucidarse en el fuero judicial, arbitral o administrativo por ser competencia exclusiva de la autoridad a cargo. Serán también registrados como contingentes, los créditos derivados de cartas fianza no ejecutadas y de cartas de crédito, en tanto al momento de su presentación a la Comisión no haya vencido el plazo para su honramiento.

dos aún como acreencias frente al deudor, éstos se encuentran registrados como posibles créditos contando por ello con determinados derechos, ello entre otras razones, debido a la necesidad que posee el universo de acreedores reconocidos, de tener conocimiento de la existencia de algún posible acreedor pendiente de reconocer dentro del procedimiento.

III. EL DERECHO PERSECUTORIO LABORAL: CONCEPTO Y APLICACIÓN DEL SUPERPRIVILEGIO LABORAL

3.1 Concepto.

El derecho persecutorio de los créditos laborales se deriva del privilegio consagrado en el artículo 24 de la Constitución a favor de los mismos, y se encuentra regulado en nuestro ordenamiento en el Decreto Legislativo N° 856.

Este derecho, establece una excepción al principio de especialidad y de seguridad de las garantías, suponiéndose la existencia de una carga que gravita sobre todos y cada uno de los bienes del empresario, de carácter tácito y legal a favor de los trabajadores.

Este superprivilegio, se configura como un privilegio general, que por lo tanto, no se encuentra limitado a determinados bienes concretos, sino a cualquier bien perteneciente al deudor, pudiendo el trabajador satisfacer su necesidad de pago, ya sea con bienes presentes o futuros de su ex empleadora.

Por tales motivos, la cobranza y su enunciado tienen su base en el carácter protector del Derecho Laboral, debido a que el crédito laboral tiene preferencia sobre acreencias civiles más antiguas y públicas tales como las hipotecas[17].

Sin embargo, a pesar que dicho privilegio se antepone a las hipotecas y demás derechos reales de garantías, cabe resaltar que el mismo, no configura ningún gravamen real, ya que precisamente es sólo un privilegio por lo que carece de tal atributo.

[17] Toyama Miyagusuku, Jorge, Instituciones del Derecho Laboral. Gaceta Jurídica S.A. Lima Perú. 2004, p. 360.

Así, tal como mencionamos en el punto primero del presente artículo, el privilegio laboral tiene por objeto, tutelar los derechos del trabajador haciéndolos primar sobre los demás acreedores del empleador. En tal sentido, en caso los créditos laborales no fueran honrados por el empleador, el trabajador podrá hacer efectivo su derecho dirigiéndose contra su patrimonio, con prioridad sobre los demás acreedores de distinta naturaleza.

De acuerdo con lo establecido en la Casación N° 851-2001 LIMA,

"La acción persecutoria de beneficios sociales se enmarca necesariamente a partir de dos presupuestos: a) la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores; y b) su abono con carácter prioritario.

La acción persecutoria tiene por finalidad apremiar a los bienes del empleador o empresario deudor, pues éstos constituyen la garantía para el pago de las acreencias laborales. Para el ejercicio del carácter preferencial o prioritario de los adeudos laborales con carácter persecutorio en caso de simulación o fraude, deben darse dos condiciones previas: a) que exista extinción de las relaciones laborales; y b) incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores; de lo contrario la conducta del empleador no contendrá el elemento de fraude. La prioridad o preferencia también se ejerce cuando en un proceso judicial el empleador no pone a disposición del Juzgado el bien o bienes libres suficientes para responder por los créditos laborales".

En virtud de lo expuesto, atendiendo a que el patrimonio del empleador constituye finalmente el medio a través del cual el trabajador impago podrá hacer efectivos sus derechos, la normativa vigente regula supuestos en los que cuando se constate o presuma que el empleador disminuyó su patrimonio para evadir el pago de estos créditos, transfiriéndolo a terceros, los acreedores laborales mantienen su derecho de hacer efectivo el cobro de los mismos contra el nuevo adquirente.

En consecuencia, la finalidad del derecho persecutorio es el hacer efectivo el superprivilegio del crédito laboral en los supuestos en los cuales se presuma o constate que el empleador haya disminuido intencionalmente su patrimonio y, con ello, afectado la posibilidad de que estos créditos puedan ser satisfechos.

Claro está que, considerando que el derecho persecutorio de los trabajadores no debería afectar la seguridad jurídica de las operaciones realizadas en forma legítima, el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 856[18], establece en forma taxativa los supuestos bajo los cuales se aplica este derecho.

Por otro lado, es preciso destacar que el derecho persecutorio se ejerce sobre bienes y no sobre personas, es decir, que el adquirente de un activo del empleador comprendido en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3 antes citado, no asume la obligación laboral impaga, sino que ésta constituye, como ya lo mencionamos, una suerte de carga del bien adquirido, por lo que el trabajador no podría dirigirse contra la totalidad del patrimonio del tercero, sino únicamente contra el bien materia de persecución.

3.2 Aplicación del concepto dentro del ordenamiento concursal

El literal a) del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 856, establece que el trabajador tendrá derecho a hacer efectivo el cobro de sus créditos contra el patrimonio de su empleador transferido a un tercero cuando concurran los siguientes supuestos:

- Que el empleador haya transferido un bien que constituía parte de su activo fijo o de negocio.
- Que antes de seis meses de efectuada ésta transferencia, haya sido declarado insolvente.

[18] Artículo 3 .- La preferencia o prioridad citada en el artículo precedente se ejerce, con carácter persecutorio de los bienes del negocio, sólo en las siguientes ocasiones:
a) Cuando el empleador ha sido declarado insolvente, y como consecuencia de ello se ha procedido a la disolución y liquidación de la empresa o su declaración judicial de quiebra. La acción alcanza a las transferencias de activos fijos o de negocios efectuadas dentro de los seis meses anteriores a la declaración de insolvencia del acreedor;
b) En los casos de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, es decir, cuando se compruebe que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, o cuando abandona el centro de trabajo.

- Que el procedimiento concursal haya derivado en la liquidación del empleador.

En cuanto al primer requisito descrito en la norma, el hecho que se refiera exclusivamente a "*las transferencias*", nos indica que el acto por el cual el o los activos del empleador derivaron al patrimonio de un tercero fue un acto voluntario, por ejemplo, una compraventa o una dación en pago.

La declaración de insolvencia, ahora denominada sometimiento al Procedimiento Concursal Ordinario y el plazo previo de 6 meses antes de dicho acontecimiento, constituyen el segundo supuesto para la aplicación de la norma.

Entendemos que la lógica de este supuesto radica en que la insolvencia de la empresa usualmente no es un hecho imprevisto e intempestivo, sino que se va gestando paulatinamente en la mayoría de casos, salvo los casos de pérdidas de grandes cantidades de dinero de forma sorpresiva, por lo que, el legislador presume que 6 meses antes que ésta sea verificada y declarada por la autoridad concursal, el empleador podía prever su situación por lo que transfirió aquellos bienes precisamente para lograr que no formen parte de la masa concursal sobre la cual los créditos laborales tienen el primer orden.

Aquí, es clara la suposición del dolo que se tiene por parte del concursado, ya que, asumiendo que éste tenía conocimiento de la proximidad de su crisis financiera, transfiere sus bienes a terceros, con el único fin de proteger su patrimonio de futuros posibles acreedores o incluso cancelar deudas correspondientes a preferencias no privilegiadas, perjudicando y vulnerando el derecho de los créditos laborales.

En este punto además, es preciso detallar las diferencias existentes entre el ya descrito derecho persecutorio laboral y la ineficacia concursal[19], referida al derecho de los acreedores de accionar judicialmente la ineficacia de los actos de

[19] Artículo 19.- Ineficacia de actos del deudor

19.1 El juez declarará ineficaces y, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores del concurso, los gravámenes, transferencias, contratos y demás actos jurídicos, sean a título gratuito u oneroso, que no se refieran al desarrollo normal de la actividad del deudor, que perjudiquen su patrimonio y que hayan sido realizados o celebrados por éste dentro del año anterior a la fecha en que presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución y liquidación.

disposición patrimonial realizados por el deudor que impliquen una reducción de su patrimonio a vísperas del inicio de concurso, mediante actuaciones no vinculadas al giro regular de la misma[20].

En principio, la ineficacia concursal tiene por objeto recomponer el patrimonio del deudor, en beneficio de todos los acreedores reconocidos dentro del procedimiento, mientras que el derecho persecutorio laboral, únicamente busca beneficiar a aquellos titulares de créditos laborales frente al empleador, por lo que este último no supone, necesariamente, que el mismo se encuentre en concurso.

Otra diferencia que encontramos, es que por efectos de la ineficacia concursal los bienes del deudor, indebidamente dispuestos regresan a su propiedad, siendo por el contrario en el derecho persecutorio laboral, que la titularidad de los bienes transferidos no se ve afectada, a pesar que éstos deberán responder por las obligaciones laborales de quien se los transfirió.

/... 19.2 Los actos de disposición que se realicen en virtud a cualquier cambio o modificación del objeto social del deudor, efectuado en el período anterior, serán evaluados por el juez en función de la naturaleza de la respectiva operación comercial.

19.3 Podrán ser declarados ineficaces y, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores, los actos jurídicos celebrados entre la fecha que presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución y liquidación hasta el momento en que la Junta nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo Convenio de Liquidación, según sea el caso, que se detallan a continuación:

a) Todo pago anticipado por obligaciones no vencidas, cualquiera sea la forma en que se realice;

b) Todo pago por obligaciones vencidas que no se realice de acuerdo a la forma pactada o establecida en el contrato o en el título respectivo;

c) Los actos y contratos a título oneroso, realizados o celebrados por el insolvente que no se refieran al desarrollo normal de su actividad;

d) Las compensaciones efectuadas entre obligaciones recíprocas entre el deudor y sus acreedores;

e) Los gravámenes constituidos y las transferencias realizadas por el insolvente con cargo a bienes de su propiedad, sea a título oneroso o a título gratuito;

f) Las garantías constituidas sobre bienes del deudor, dentro del plazo referido, para asegurar el pago de obligaciones contraídas con fecha anterior a éste;

g) Las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de su patrimonio, desde la difusión del concurso; y

h) Las fusiones, absorciones o escisiones que impliquen un detrimento patrimonial.

19.4 El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho del deudor que en el Registro pertinente aparece con facultades para otorgarlo, no resultará afectado con la ineficacia a que se refiere el presente artículo, una vez inscrito su derecho.

[20] Dichas disposiciones, se entiende que son realizadas durante el "período de sospecha" que establece la norma, debiendo contarse las mismas a partir de un año de la presentación de la solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, desde la notificación de la resolución de emplazamiento o desde la notificación del inicio de la disolución y liquidación respectivamente.

Así, una tercera diferencia que notamos, es que dentro de la ineficacia concursal no resulta afectado el tercero adquiriente de buena fe registral, no siendo este el caso en el derecho persecutorio laboral, debiendo el bien transferido responder siempre por las deudas laborales de su ex empleadora.

Sin embargo, para que se logre configurar el supuesto que habilita al trabajador a hacer efectivos sus derechos contra los activos transferidos, es necesario que dentro del procedimiento concursal, la Junta de Acreedores haya decidido como destino de la empleadora, la disolución y liquidación de la misma; es decir, si se llegasen a configurar los dos supuestos anteriores y el deudor fuera sometido a un proceso de reestructuración no cabrá la aplicación del derecho persecutorio.

Con relación a dicho reqùisito, debemos manifestar nuestra extrañeza ante la decisión del legislador, toda vez que resulta poco claro que se pondere un derecho tan importante como el derecho de persecución laboral y por otro lado, se establezca que durante la ejecución de un Plan de Reestructuración Patrimonial, éste quede excluido.

¿Cuál es la lógica? ¿Es que acaso, durante la ejecución del Plan de Reestructuración el acreedor laboral tiene tan garantizada su posibilidad de cobro que no necesita de este derecho que le respalde?

Entendemos que el fin de la norma, es el respetar por sobre encima de otros derechos, la decisión mayoritaria de los participantes dentro del concurso, Por ello es que en aras de fomentar una herramienta más práctica para la solución de la crisis, se respeta lo establecido en la ejecución del Plan de Reestructuración debido al compromiso existente del pago de la totalidad de las deudas, sin embargo, aun así no nos queda clara la necesidad de permitir el uso del derecho persecutorio laboral en una destino y prohibirlo en otro, más aún cuando no necesariamente lo acordado en un Plan de Reestructuración reviste al trabajador de una mayor protección.

Por último, el segundo supuesto al que se refiere la norma no hace mención alguna al procedimiento concursal en el que podría encontrarse el deudor, estando más bien referido básicamente a aquellos casos en los que, mediando fraude a la ley, el empleador pretende evadir el pago de los beneficios sociales de sus traba-

jadores detrayendo de su patrimonio determinados bienes que responderían por ellos.

El ejemplo típico de aplicación de este precepto lo constituyen aquellos casos en los que el empleador cierra la empresa para continuar con su actividad productiva bajo una nueva persona jurídica, a la que, precisamente, aportó los bienes de la primera.

IV. EJEMPLO CONFLICTIVO: APARICIÓN DEL ACREEDOR FANTASMA

Luego de haber descrito de forma general, como es que se lleva a cabo el procedimiento de reconocimiento de créditos dentro de un procedimiento concursal, haber indicado la importancia que tiene el mismo para el mejor funcionamiento en la toma de decisiones por parte de los acreedores, y después de haber señalado a su vez el concepto y objeto del derecho persecutorio laboral, vemos por conveniente contrastar dichos supuestos en aras de esclarecer una duda que nos surge a raíz de los mismos.

Para poder detallar de mejor manera el posible conflicto que apreciamos en ambas normas, utilizaremos como ejemplo a las empresas "A" S.A (en adelante "A") y "P" S.A (en adelante "P")

Para el caso, "A" es una empresa con varios años en el negocio de producción de telas, las cuáles produce sobre la base del uso adecuado de sus dos costosas y grandes máquinas de hilar y "P" es otra empresa dedicada al mismo rubro, que desde hace ya algunos ejercicios anuales, viene obteniendo resultados financieros inferiores a los esperados.

"A", debido a los malos manejos efectuados por la actual administración y a factores externos empieza a sufrir pérdidas en sus ganancias, trayendo consigo, el atraso en el pago de sus trabajadores.

Ante tal situación, el dueño de "A", decide, luego de ver en riesgo su propia economía, transferir a favor de "P" una de sus máquinas de hilar, con el fin de obtener dinero para él y asegurar su propia estabilidad financiera en el supuesto que su actual negocio quebrara.

Posteriormente, al notar que su empresa ya no producía ni la mitad de las ganancias de años anteriores y que las deudas crecían con el pasar de los meses, éste decide fugarse del país con el dinero obtenido por la venta de la maquinaria a favor de "P" más unos cuantos ahorros que había logrado juntar producto del ejercicio de años anteriores, dejando a la empresa abandonada.

Como consecuencia de lo ocurrido, los trabajadores de "A", al verse desamparados e impagos por la fuga de su empleador, deciden solicitar el inicio del procedimiento concursal de su ex – empleadora, debido a que el monto adeudado y las fechas transcurridas coincidían con lo establecido como requisitos en la norma.

Iniciado el concurso, la Junta de Acreedores de la empresa "A", decide como destino de la empresa la disolución y liquidación de la misma, sin embargo, debido al excesivo monto total de las deudas laborales, éstos descubren que el patrimonio del deudor, en este caso la única máquina de hilar que quedaba, no cubriría la deuda de todos trabajadores.

Es por ello que, valiéndose de lo establecido en el Decreto Legislativo N° 856 artículo 3 inciso b) los acreedores laborales de "A" deciden ejercitar su derecho de persecución sobre el patrimonio que su ex – empleadora transfirió a la empresa "P" meses atrás, en este caso particular sobre la máquina de hilar.

Quedando claro el supuesto en el que se encuentran actualmente los acreedores laborales de la empresa "A" en nuestro ejemplo, procederemos a detallar el supuesto en el que se encuentra la empresa "P".

"P", tal como mencionamos en líneas anteriores, es una empresa dedicada al mismo rubro, la cual desde ya hace algunos ejercicios anuales, venía obteniendo resultados financieros inferiores a sus expectativas.

Por esa razón, el dueño de "P" decide adquirir una moderna máquina de hilar, con el fin de obtener mayor productividad y así levantar las ganancias del negocio, por lo que decide comprar la costosa maquinaria ofrecida desde hace meses por "A"[21].

[21] Aquí es preciso mencionar, que dentro del ejemplo asumimos que la maquinaria poseía un rubro registral en los Registros Públicos y se encontraba a nombre de "A", motivo por el cual, se entiende la existencia

Sin embargo, debido a un mal entendimiento del mercado, una pérdida de activos en la caja y a una sobreproducción realizada erróneamente, "P" se encuentra en una crisis aun mayor con el pasar de los meses, por lo que viéndose sin salida, solicita su acogimiento a un procedimiento concursal ordinario, asumiéndose que ésta cumplía con todo los requisitos solicitados por la LGSC.

Pasado unos días la Comisión resuelve declarar iniciado el concurso de "P", motivo por el cual la totalidad de acreedores reconocidos se reúnen con el objeto de decidir el destino a seguir de la empresa deudora.

Como era de esperarse, la junta decide la disolución y liquidación de "P", debido a, entre otras razones, que los acreedores laborales representaban la mayoría en la junta y éstos luego de realizar un concienzudo estudio del patrimonio de su ex – empleadora habían determinado que el mismo alcanzaría a cubrir por completo su deuda pendiente, gracias a la llegada de la nueva y costosa máquina de hilar.

Una vez descritos los dos supuestos en ambas empresas, trataremos de detallar los conflictos que el presente caso reviste.

En primer lugar, entendiendo que los acreedores de "A" solicitarán ante la Comisión el reconocimiento de su privilegio frente a parte del patrimonio de la empresa "P" nos preguntamos ¿Podrán ser ellos declarados acreedores de la empresa "P", por su solo derecho de persecución laboral de los bienes de su ex – empleadora?

Ante tal interrogante, la Sala de Procedimientos Concursales del Indecopi[22] (en adelante la Sala) ha establecido que: los derechos de garantía recaídos en bienes del deudor no dan origen a un crédito conforme a la definición contenida en la LGSC, toda vez que lo que tienen los acreedores mediante dicha garantía real es el derecho de ejecutar un bien para hacerse cobro de un crédito. La relación no se establece respecto del crédito sino sobre la posibilidad de la ejecución del bien que lo garantiza. En otras palabras, el acreedor se encuentra facultado para eje-

/...de buena fe registral de "P", motivo por el cual sería inaplicable el ejercicio de la nulidad concursal establecido en el artículo 19 de la LGSC.

[22] Resolución N° 0143-2004/SCO-INDECOPI, del 05 de marzo de 2004, solicitud de reconocimiento de Rosas Moisés Robles Cribillero frente a Pesquera Santo Domingo S.A

cutar la garantía, pero no para solicitar el reconocimiento de un crédito en la vía concursal.

Expuesta la opinión de la Sala, debemos manifestar nuestra concordancia con la misma, debido a que en efecto, si bien los acreedores de "A" poseen un derecho persecutorio consagrado en el Decreto Legislativo N° 856, éstos no son en realidad acreedores laborales de "P" por lo que no deberían ser reconocidos como tales dentro del concurso.

Claro está que la posibilidad de cobro de estos acreedores, del producto de la venta de la maquinaria de "P", generará inestabilidad y desprotección a los miembros de la Junta de Acreedores de la misma, sobre todo a los laborales, toda vez que estos se verían en la obligación de ver perjudicada su posibilidad de cobro frente a un acreedor que nunca participó del concurso.

En segundo lugar, el caso no concluye allí, ya que, entendiendo que los acreedores de "A" no podrán ser reconocidos como acreedores laborales de "P", éstos deberán hacer valer sus derechos al momento de la realización del bien, naciendo las siguientes preguntas ¿Qué acreedor laboral deberá cobrar primero? ¿Los reconocidos como tales dentro del concurso y por ende pertenecientes al primer orden de preferencia de acuerdo al superprivilegio laboral o los acreedores de "A" quienes de acuerdo al Decreto Legislativo mencionado y la propia Constitución deben en todo momento cobrar primero? ¿Deberán cobrar a prorrata entre todos ellos? ¿Deberán cobrar sólo los acreedores de "A" con la realización de ese bien y el resto con el producto de otros bienes? ¿Deberían los acreedores laborales de "A" cobrar en el quinto orden de preferencia, en atención a que ninguno de ellos se encuentra en los supuestos de prelación anteriores en la norma?

Estas son las preguntas que pretenderemos contestar, estas son las interrogantes que nacen en el sistema concursal, a raíz de la aparición de estos acreedores fantasmas dentro del proceso de cobro en el concurso, hecho no regulado en la normatividad actual.

Por ello, dentro del siguiente punto debatiremos ideas y distintas posturas sobre el conflicto, para finalmente, esgrimir la nuestra, con la dificultad que ello reviste.

V. PRIVILEGIO CONTRA PRIVILEGIO: DEBATE SOBRE LA PUGNA ENTRE PRIVILEGIADOS

De acuerdo a las preguntas vertidas en el punto anterior, recapitularemos algunas de las afirmaciones hechas en este artículo, con la finalidad de sustentar cada una de nuestras posturas de una forma coherente.

Con relación al procedimiento de reconocimientos de créditos que se realiza dentro de todo procedimiento concursal, manifestamos que éste era una pieza maestra del instituto concursal, tendiente a controlar los auténticos titulares de derechos en el marco del concurso, por lo que poseía una vital importancia dentro del mismo, toda vez que era en este momento en donde se tomaba conocimiento de la totalidad de acreencias existentes en contra del deudor, obteniéndose de esta manera el concepto real de la posibilidad de cobro de cada uno.

Afirmamos asimismo, que dicho conocimiento de los participantes en el concurso, brindaba a todos, la seguridad de conocerse unos a otros, pudiendo luego de un breve análisis optar por las decisiones más adecuadas, sobre todo en el caso de los acreedores laborales en el sentido que, tal como se da en la práctica, dentro de los procedimientos de liquidación y disolución, muchas veces las entidades liquidadoras pagaban parte de sus créditos a prorrata de acuerdo al número de trabajadores reconocidos.

Si bien es cierto durante el procedimiento, la conformación de la masa concursal puede variar, debido a la aparición de nuevos acreedores laborales, ello siempre es previsible, debido a que las deudas laborales no reconocidas pueden ser reflejadas en el balance de la empresa deudora o en los libros de planilla, boletas de pago, etc. Además, se entiende que estos nuevos acreedores ostentarían el mismo derecho que los anteriores por pertenecer a la misma empleadora, por lo que no habría forma de argumentar disconformidad por parte de los reconocidos previamente.

Finalmente, con relación al derecho persecutorio laboral, indicamos que éste era una excepción al principio de especialidad y de seguridad de las garantías, suponiéndose la existencia de una carga que gravitaba sobre todos y cada uno de los bienes del empleador, de manera tácita y legal a favor de los trabajadores.

Ahora bien, en el caso de análisis, vemos que los acreedores de la empresa "A" no son ni podrán ser reconocidos por la Comisión como acreedores del primer orden de preferencia dentro del procedimiento concursal de "P", en razón que éstos no mantuvieron relación jurídica alguna con esta deudora.

Al respecto, consideramos que el reconocimiento de crédito y la calidad de acreedor dentro de un procedimiento concursal, nacen como consecuencia de una relación obligatoria, de aquel que posee un derecho a exigir a su favor el cumplimiento de una obligación directa con el deudor.

En tal sentido, la relación jurídica requerida por el acreedor es una directa frente al deudor, que constituya una situación de ventaja del acreedor, en virtud de la cual éste puede exigir y obligar al deudor a cumplirla.

En consecuencia, tal como lo expresamos anteriormente, somos de la idea que los acreedores laborales de la empresa "A", carecerían de legitimidad para ser reconocidos como acreedores dentro del primer orden en el procedimiento concursal de "P", quedándoles únicamente, el ejercicio de su derecho de persecución del patrimonio transferido por su ex – empleadora.

Ahora bien, luego de concluir que los acreedores laborales de "A" no podrían ser reconocidos como tales dentro del concurso de "P", nos ubicamos en el supuesto que, habiendo la entidad liquidadora vendido la máquina de hilar transferida por "A" a favor de "P", se reunieran ambos acreedores laborales solicitando la totalidad del monto recaudado.

En esta situación, asumimos que la posición que presentarían los acreedores de "A", será la de querer obtener la totalidad del monto recaudado debido a que el bien pertenecía a su anterior empleadora, habiendo sido este transferido vulnerando su orden de preferencia en el pago, por lo que en atención a las normas ya citadas, a ellos les correspondería la totalidad de la suma recibida.

Si bien en efecto, dicho argumento es válido jurídicamente, creemos que de aceptarse tal propuesta, la totalidad de acreedores laborales reconocidos dentro del sistema concursal se verían amenazados, ello, por que su primer orden de preferencia se encontraría constantemente en suspenso, en atención a la posible

existencia de un mismo acreedor laboral que cuente con un mejor privilegio fuera del concurso.

Dicho en otras palabras, el primer orden de prelación que le da la norma a los créditos de origen laboral, ya no brindaría la seguridad total de primera opción en el cobro que intenta establecer la misma, sino que muy por el contrario, dejaría siempre abierta la posibilidad que cualquier acreedor laboral externo pueda ejercer, mediante el uso del derecho persecutorio, el mismo privilegio de los ya reconocidos o incluso uno mejor, en el caso que se decidiera que solamente éstos cobren sus deudas con la realización del bien.

Podremos notar pues, lo injusto que sería para aquellos acreedores laborales reconocidos dentro del concurso, ver relegadas sus posibilidades de cobro frente a aquellos no reconocidos que ostentan un privilegio de igual o mayor magnitud frente a ellos.

En tal sentido, creemos que la posibilidad de cobro único por parte de los acreedores de "A" frente al bien perseguido, dejando a los demás acreedores reconocidos el cobro del resto del patrimonio, no se ajustaría a lo establecido en la normatividad, dado que la protección y privilegio del crédito es otorgado a ambos acreedores por ostentar la misma calidad, no debiendo perjudicarse ninguno de ellos.

Visto de esa manera, el cobro a prorrata resultaría ser la manera más justa y equitativa de repartir el producto de la venta entre ambos acreedores, con el objeto de respetar lo que las normas han pretendido proteger. Esto es, con preferencia a aquellos que posean órdenes de prelación posteriores dentro del concurso, pudiendo cobrar los acreedores externos en el mismo momento que los reconocidos en el primer orden de preferencia de "P", configurándose de esta manera ya no sólo la amenaza establecida en el título de nuestro artículo, sino el ataque mismo del acreedor fantasma.

Sin embargo, ante la posible amenaza que podría ocasionar la existencia de estos acreedores fuera del concurso, discutimos el hecho que éstos deban cobrar junto con los del primer orden, debido a que en efecto, la relación jurídica que dio nacimiento a su obligación no se encuentra establecida dentro de los órdenes de prelación de la LGSC.

Siguiendo esta idea, cabría preguntarse ¿Por qué el privilegio de un acreedor laboral no partícipe del concurso, debería perjudicar a uno de igual calidad, que no sólo mantuvo, en efecto, una relación jurídica directa con la empleadora en concurso, sino que además se encuentra debidamente reconocido por la autoridad concursal? ¿Es que acaso la excesiva protección al crédito laboral puede mermar inclusive sus propios fines?

Tal como lo expusimos al inicio del artículo, lo contrario a un procedimiento concursal, es aquel en que existiendo concurrencia de acreedores, cada uno de ellos intente de manera separada, ver cobrada su deuda bajo la ejecución individual de bienes pertenecientes a su deudor.

Ello, debido a que lo que se intenta evitar, es justamente la canibalización del patrimonio del deudor, motivo por el cual, el estado de concurso es oponible a todas las deudas originadas con anterioridad a su difusión sin excepciones, obligándose de esta manera a todo el universo de posibles acreedores a presentarse ante el Indecopi y sustentar la existencia de sus créditos bajo la seguridad que serán ellos mismos los encargados de decidir el destino y formas de pago de su deudora.

En consecuencia, dado que lo que intenta el concurso, es resguardar el patrimonio del deudor a fin de que éste sea distribuido de la forma más ordenada y equitativa, entendemos que el primer orden de preferencia, no sólo protege la primera posibilidad de cobro del acreedor laboral frente a cualquier otra obligación existente, sino que además, enmarca de legalidad al propio orden de prelación establecido, al ponderarse a pesar de existir numerosos acreedores reconocidos, a aquellos que la Constitución ha preferido.

En virtud de ello, al observar que en el caso en mención, el orden de preferencia de los acreedores laborales de "P", resguarda un derecho adicional al superprivilegio laboral, el cual es el fin mismo del derecho concursal, consideramos que éstos deberían cobrar primero y sólo de existir un excedente deberán cobrar posteriormente los trabajadores de "A".

Ahora, si bien la relación laboral que dio origen aquel derecho de persecución es existente y válida para nuestra normatividad, cabría analizar a su vez, si dicha relación externa al concurso debería ser preferida frente a ya no los acreedores

laborales inmersos en el concurso de "P", sino a aquellos que poseen garantías frente al legítimo deudor y demás.

Frente a este tema, existe doctrina que ya se ha pronunciado[23], concluyendo que bajo ninguna circunstancia debería consagrarse una prelación que ubique créditos privilegiados (con preferencias ocultas) por sobre créditos garantizados con derechos debidamente publicitados. Dicha afirmación fue inclusive analizada desde el punto de vista de privilegios laborales de créditos participantes en el concurso, por lo que asumimos, que en el presente caso, aún con mayor razón estos créditos fuera del concurso, de acuerdo con la postura esgrimida, podrían ser considerados con menor preferencia frente a aquellos garantizados dentro del concurso.

Ello además, debido a que los costos que el desarrollo de esta política pública impone al sistema del crédito son mayores que los beneficios que puede generar para los trabajadores, ya que al reconocerse al crédito salarial una preferencia superior a la que corresponde a las garantías reales, se priva a éstas de su derecho de satisfacerse en exclusiva sobre el valor del bien entregado en garantía. De este modo se aumenta el riesgo del crédito garantizado, lo cual habrá de traducirse en un aumento de su costo, dificultando aún más el acceso al crédito para los propios trabajadores[24].

Ante tales posturas, el Indecopi ha manifestado[25]que en realidad la norma concursal sigue la misma línea de respeto a los principios constitucionales y normas laborales donde se consagra el superprivilegio laboral, implicando ello que, aún en un escenario concursal o extra concursal un acreedor beneficiario de garantía podría iniciar un proceso de ejecución de garantía y verse sin embargo preferido por un acreedor laboral del deudor en mérito a una tercería de orden preferente de pago, por lo que, el derecho concursal no estaría distorsionando la realidad, sino simplemente organizando la respuesta de los activos del concursado a sus obligaciones reflejando lo que ocurriría aún sin existir concurso.

[23] Ezcurra Rivero, Huáscar. "El Superprivilegio del crédito laboral versus el sistema de garantías reales". En Revista Themis N° 34, Lima, pp 141-163.

[24] Bermejo Gutiérrez, Nuria. Op. Cit. p. 298.

[25] Información brindada por el Indecopi dentro del rubro Preguntas y Respuestas ubicado en su página web.

De acuerdo a nosotros, aunque dicha discusión no es parte de nuestro tema central, creemos que la protección del crédito laboral se sustenta en el carácter social del mismo, puesto que no sólo se explica sobre la base de la relación entre el trabajador y el empleador, sino entre el trabajador y la sociedad[26], por lo que siguiendo con la lógica mostrada por nuestra constitución, éste privilegio debería prevalecer frente a los créditos garantizados, debido a su característica excepcional y de salvaguarda.

En ese sentido, entendemos asimismo que, a pesar de que los créditos de los trabajadores de "A", no se encuentran reconocidos dentro del procedimiento concursal de la deudora, éstos ostentan la calidad privilegiada que las normas le revisten, por lo que en efecto, estaríamos de acuerdo con que los mismos cobren con anticipación a los créditos garantizados ya que, si dentro del propio sistema concursal se favorece en el orden a los créditos laborales, debería realizarse la misma preferencia con los empleados de "A" al contar con la misma naturaleza.

VI CONCLUSIONES

En atención a todo lo expuesto y dado lo analizado, consideramos, que en el caso específico de la pugna de los acreedores laborales de "A" y "P", las conclusiones deberían ser las siguientes:

- Con relación a la posibilidad que los acreedores laborales de la empresa "A", puedan ser reconocidos como acreedores dentro del concurso de la empresa "P", consideramos, al igual que la Sala, que al no existir una relación jurídica directa con la empleadora, éstos únicamente podrían invocar su derecho persecutorio, más no la calidad de acreedor reconocido en el concurso.

- En lo que respecta al orden en que los acreedores deberían cobrar lo obtenido por la realización de la venta de la máquina de hilar, creemos, tal como manifestáramos anteriormente, que en virtud de la existencia de un bien jurídico a proteger mayor, deberían ser los acreedores laborales reconocidos dentro del concurso de la empresa "P" los primeros en cobrar, y luego de existir algún remanente procederían a cobrar los acreedores laborales de "A", prefiriéndose en ambos

[26] Ferro Delgado Víctor. El Concepto de Remuneración. En Asesoría Laboral. Octubre 1998. p. 12.

casos a éstos por sobre los créditos reconocidos en el tercer orden de preferencia.

En este orden de ideas, consideramos que si bien nuestra legislación ha previsto un trato privilegiado para los créditos de origen laboral, éstos deberían ajustarse de tal manera, que no perjudiquen la existencia de otros bienes jurídicos protegidos, tales como el debido resguardo al patrimonio de las personas sometidas a concurso.

Sin duda alguna, la transparencia en todo acto jurídico, es un elemento básico para el buen desarrollo de los fines a seguir, por lo que, la aparición o existencia de créditos imprevisibles o *fantasmales* dentro de los procedimientos concursales, dificultan el análisis y capacidad de decisión de los miembros de la Junta ocasionando esto inseguridad a todos los participantes inmersos en el concurso.

Por otro lado, hemos considerado que la mejor opción en el orden de cobro debería ubicar siempre en primer lugar a los acreedores laborales reconocidos en el concurso, por encima de todo tipo de garantías o cargas, ya sean públicas o reservadas, ello con el afán de respetar tanto el fin proteccionista de la norma laboral, como el fin de ordenador de crisis financieras del sistema concursal.

Finalmente, no podemos obviar mencionar el hecho, que si bien los acreedores laborales reconocidos dentro del concurso no se verían afectados por la amenaza de los acreedores laborales externos al mismo, es claro que los demás reconocidos, en efecto, deberán mantener siempre el temor de verse perjudicados por la aparición de acreencias imposibles de verificar, pudiendo convertirse éste un futuro punto a debatir con relación a la seguridad proporcionada dentro del propio sistema concursal peruano.

Impresión
ALI ARTE GRÁFICO PUBLICACIONES S.R.L.
Américo Vespucio 110 Covima, La Molina
Teléfonos: 349 6636 / 9938 1031
E- mail: aliarte@speedy.com.pe
2005
Lima - Perú